

PROCESSO - A. I. Nº 233099.4002/14-0
RECORRENTE - AURIGA INFORMÁTICA E SERVIÇOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0195-03/16
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/07/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0215-12/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se em penalidade a exigência relativa ao imposto não antecipado. Refeitos os cálculos pelo autuante para expurgar os equívocos cometidos, reduziu-se o débito originalmente apurado. Infração procedente em parte. Indeferido o pedido de perícia contábil. Mantida a decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência em Parte do presente auto de infração, lavrado em 30/09/14 para imputar ao contribuinte o cometimento da infração abaixo descrita:

Infração 1 - multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro de 2011 a novembro de 2012, no valor de R\$327.280,96, correspondente a 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente.

A Junta de Julgamento decidiu a lide com base nos seguintes fundamentos:

VOTO

O autuado requereu a realização de perícia contábil para determinar que são verdadeiras as suas informações, apresentando os quesitos. Indefiro o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Ademais, por determinação deste órgão julgador, foi realizada diligência fiscal e foi dado conhecimento ao contribuinte quanto ao resultado da mencionada diligência.

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro de 2011 a novembro de 2012.

Observo que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96, sendo devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização.

A penalidade sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial encontra-se no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96 que prevê aplicação da multa de 60% do valor do imposto não recolhido por antecipação, inclusive no caso de antecipação parcial.

O presente lançamento não foi efetuado para cobrar o imposto, que foi recolhido quando da saída das mercadorias, segundo a descrição dos fatos, mas apenas a multa. Neste caso, a própria Lei 7.014/96, instituidora da obrigação tributária, também estabelece a penalidade pelo descumprimento da obrigação principal. Ou seja, foi constatado imposto não recolhido no prazo estabelecido pela legislação tributária, sendo

efetuado o pagamento em outro momento.

O defendente alegou que ocorreu uma série de desatenções por parte do autuante:

- 1. Inclusão de notas fiscais cujo CFOP não se enquadra na hipótese de antecipação parcial.*
- 2. Cobrança indevida de mês já pago (novembro/2012).*
- 3. Generalização no cálculo da antecipação sobre a alíquota de 17%, sem atenção ao NCM do produto, conforme previsto nos dispositivos legais citados;*
- 4. Erro na data do recolhimento antecipado do tributo, onde o fiscal informa o dia 09 (nove) do mês subsequente ao da entrada, quando o correto seria o dia 25 (vinte e cinco) do mês subsequente;*
- 5. Erro na base de cálculo do ICMS antecipado dos meses outubro/2011 e outubro/2012; referente a um aumento na base de cálculo nos valores de R\$ 4,99 e R\$ 100,00, respectivamente;*
- 6. Erro nos meses de fevereiro e março 2012 referente ao estado de origem de notas.*
- 7. Erro por parte do autuante, referente à inclusão de mercadorias que não causam a obrigação de antecipação parcial do imposto ICMS. Tais itens são: 2.202 – Devolução de vendas; 2.353 – Fretes; 2.557 – Transferência para consumo; 2.913 – Retorno de mercadorias ou bem remetido para demonstração; 2.949 – Outras entradas.*
- 8. O pagamento cobrado do mês de novembro/2012, no valor de R\$ 47.387,57 foi devidamente quitado;*
- 9. Há incidência do art. 87 do RICMS/97 e do art. 266 do RICMS/2012, referente a redução da base de cálculo das mercadorias de hardware beneficiadas (hubs e switches), é claro que a alíquota incidente deve ser a 7%, e não a de 17%.*
- 10. Aumento considerável de 10% na incidência tributária em duas notas do fornecedor WESTCON, de origem no Espírito Santo, de nº 32456 e 33329, e datas de entrada 13/02/2012 e 05/03/2012. Alega que o autuante considerou que a alíquota de origem seria de 7%, e não de 12%.*

O autuante reconhece que o defendente tem razão quando alega que o pagamento da antecipação parcial deve ocorrer até o dia 25 do mês subsequente ao das entradas das mercadorias e não no dia 09.

Também reconhece que tem fundamento o questionamento do autuado quanto à inclusão no levantamento fiscal de notas fiscais cujo CFOP não se enquadram nas hipóteses de antecipação parcial. Elaborou novo demonstrativo excluindo estas notas fiscais, elencando todas as notas fiscais que fazem parte do levantamento (CFOP 2.102 e 2.152).

O defendente anexou DAE de recolhimento da antecipação parcial referente ao mês de novembro de 2012, deixando de existir diferença a cobrar no referido mês, por isso, foi excluído do novo demonstrativo.

Quanto à origem das notas fiscais de números 32426 (fev/12) e 33329 (mar/12), originárias do Estado do Espírito Santo, descritas no levantamento como sendo de Santa Catarina e Rio de Janeiro, respectivamente, o autuante reconhece que houve erro, e informa que o Estado de origem e a alíquota foram corrigidos no novo demonstrativo.

Sobre os erros na base de cálculo dos meses de outubro de 2011 e outubro de 2012, nos valores de R\$4,99 e R\$100,00, respectivamente, informa que foram erros de digitação, corrigidos no novo demonstrativo.

Na informação fiscal prestada às fls. 587/588, o autuante concorda com o defendente quanto à inclusão indevida do mês de dezembro de 2012 na base de cálculo do levantamento fiscal, considerando que o Contribuinte comprovou que, efetivamente, pagou o imposto devido pela antecipação tributária, não mais havendo diferença a cobrar no referido mês, razão pela qual não incluiu no novo demonstrativo que elaborou, apurando o débito total de R\$273.505,84.

O autuado também alegou que o novo Decreto nº 15.163, de 31/05/2014, veio apenas explicitar o que já antes se entendia como beneficiados pela redução da base de cálculo. Enquanto o antigo afirmava literalmente serem apenas hubs, o novo já trás em seu bojo interpretação no sentido de demonstrar a presença de todos os aparelhos voltados para comunicação.

O autuante apresenta o entendimento de que não se aplica o Decreto nº 15.163, de 31/05/2014, porque os exercícios fiscalizados (2011 a 2012) são anteriores à entrada em vigor do mencionado Decreto. Segundo, porque os produtos cujos códigos de NCM alegados pelo defendente, que teriam redução de base de cálculo, não tem autorização legal para este benefício, porque estes produtos não estão indicados no Anexo 5-A, dentre aqueles que faziam jus a tal benefício, previsto no art. 87 do RICMS-BA/97 e muito menos no art. 266 do RICMS-BA/2012.

Concordo com o posicionamento do autuante de que a redação anterior contemplava apenas distribuidores de conexões para rede (hubs). Neste caso, por se tratar de benefício de redução de base de cálculo a sua aplicação ocorreu a partir da data de vigência da norma, não cabendo interpretação extensiva.

O defendente também alegou que todos os pagamentos, mesmo não realizados na antecipação, foram efetuados quando da saída da mercadoria do estabelecimento, e dentro do prazo correto para o pagamento. Diz que se percebe, então, que não houve qualquer dano ao erário, razão pela qual não faz sentido qualquer cobrança a título de tributo. No máximo, o que se pode afirmar, é o descumprimento de obrigação acessória, o que ensejaria somente e tão somente aplicação de multa.

Não acato a alegação defensiva, haja vista que de acordo com o § 1º do mencionado art. 42 da Lei 7.014/96, “no caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”.

Há o entendimento de que o imposto apurado por meio de conta corrente é recolhido até o dia 09 do mês subsequente ao da ocorrência do seu fato gerador, e que o prazo para recolhimento da antecipação parcial apenas se esgotaria no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento.

Observe que é concedido ao contribuinte o benefício para recolhimento da antecipação parcial até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, mediante o cumprimento das condições contidas na legislação, ou seja, a lei estabelece a possibilidade de se estender o prazo para recolhimento do imposto após a existência do fato gerador da obrigação tributária.

Neste caso, constata-se a existência de dois fatos geradores distintos: a antecipação parcial devida pelas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, e o ICMS chamado de “ICMS Normal” incidente nas operações de saídas, cujo pagamento deve ser efetuado até o dia 09. Ao apurar o imposto através do regime da conta corrente fiscal e efetuar pagamento do saldo devedor encontrado, na data prevista na legislação, não anula a obrigação referente à antecipação parcial, que se originou quando da entrada da mercadoria. Portanto, resta comprovado que é devido o imposto relativo à antecipação parcial, na entrada das mercadorias neste Estado.

Não elide a imputação fiscal a alegação de que não causou prejuízo ao Tesouro Estadual, uma vez que houve descumprimento da legislação do ICMS, restando provado que o autuado não efetuou o recolhimento do imposto devido, nos prazos regulamentares, caracterizando o prejuízo pelo não recolhimento tempestivo do tributo devido.

Vale salientar que ao sujeito passivo cabe observar e cumprir as determinações previstas na legislação tributária, e não pode ser aceito que o contribuinte pretenda definir a forma de apurar e recolher o tributo devido.

Acato os novos demonstrativos elaborados pelo autuante, quando excluiu as notas fiscais comprovadas pelo defendente, concluindo pela subsistência parcial do presente lançamento, no valor total de R\$273.505,84, conforme demonstrativo de débito à fl. 587.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

O sujeito passivo, inconformado com a Decisão de Primeira Instância, interpôs Recurso Voluntário, alegando que sua conduta não causou prejuízo ao Erário estadual, na medida em que o pagamento por antecipação deve ocorrer até o dia 25 do mês seguinte ao da entrada das mercadorias no estabelecimento, conforme o § 7º do inciso II do artigo 125 do RICMS/97 e do § 2º do artigo 332 do RICMS/12, e que todos “os pagamentos, mesmo não realizados na antecipação, foram realizados quando da saída da mercadoria do estabelecimento do Impugnante, e dentro do prazo correto para o pagamento”, isto é, no dia 09 do mês subsequente.

Sendo assim, entende que “não faz sentido qualquer cobrança a título de tributo. No máximo, o que se pode afirmar, é o descumprimento de obrigação acessória, o que ensejaria somente e tão somente aplicação de multa”. Apresenta uma planilha com os documentos de recolhimento do imposto para corroborar suas assertivas.

Discorre sobre a verdade material, “princípio que fundamenta todo o processo e procedimento administrativo tributário”, e sobre os princípios da legalidade e da segurança jurídica, afirmando que “mesmo que o pagamento não tenha sido realizado quando da entrada, foi realizado quando da saída”, “sendo certo que os cofres públicos não sofreram qualquer prejuízo”, “até porque, o momento de incidência do fato gerador do ICMS é a saída da mercadoria do estabelecimento comercial”.

Argumenta, ainda, que “tem-se claro que não houve qualquer falta de pagamento de tributo, mas tão somente uma postergação do pagamento, que ainda assim ocorreu dentro do prazo, do dia

25 (vinte e cinco) ao do mês subsequente”, ou seja, “o pagamento aconteceu ANTES do período devido pelo ICMS Normal”.

Aduz que, “se o ICMS normal deve ser pago após o fato gerador (que não necessariamente irá acontecer no mês subsequente ao da entrada) tem-se que o pagamento no mês subsequente ao da entrada (regra do ICMS antecipação parcial) configura antecipação do pagamento”.

Acrescenta que o Decreto nº 15.163/14 “trouxe importante alteração que repercute diretamente no resultado do julgamento deste auto de infração”, já que a norma não possui caráter inovador, mas tão somente interpretativo, e se refere “à explicitação do correto alcance da redução da base de cálculo conferida pelo art. 266 do RICMS (antigo art. 87, no RICMS antigo)”.

Argumenta, ainda, o seguinte:

“Inicialmente, é preciso que se entenda que norma interpretativa é aquela que busca apenas dar o alcance de um texto legal. É o que se tem como interpretação autêntica, que malgrado queiram uns, é totalmente plausível em nosso ordenamento. Trata-se de método de interpretação que não inova no ordenamento jurídico, apenas esclarece o sentido e alcance de uma norma anterior.

Em Direito Tributário, a norma retroage para atingir fatos pretéritos, desde que seja meramente interpretativa, ou quando tratar-se de ato não definitivamente julgado, onde a) deixe de defini-lo como infração; b) deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, e desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

In casu, o novo decreto veio apenas explicitar o que já antes se entendia como beneficiados pela redução da base de cálculo. Enquanto o antigo afirmava literalmente serem apenas hubs, o novo já trás em seu bojo interpretação no sentido de demonstrar a presença de todos os aparelhos voltados para comunicação.

Ora, a norma anterior afirmava que o benefício tributário estaria vinculado um único NCM de 8 (oito) dígitos, referente somente a hubs. A nova norma, ao contrário, insere tanto modems, como hubs e “aparelhos para transmissão ou recepção de voz, imagem ou outros dados em rede com fio”, em um único NCM, esse com 7 (sete) dígitos.

Ou seja, o legislador baiano, atento às disputas entre o Fisco e os contribuintes resolveu por bem explicitar o que entendeu desde o início, com a primeira edição do RICMS e do antigo Anexo 5-A: engloba-se, neste item, todos os aparelhos de comunicação não apenas hubs. Se fossem apenas esses, qual sentido em uma nova norma englobar, em uma única numeração, aparelhos que possuem, inclusive, NCM própria (caso dos modems)? O objetivo é claro, informar que não apenas hubs, mas todos os aparelhos ali postos fazem parte dos beneficiários da redução de base de cálculo.

A nova norma não inova no ordenamento jurídico. O que faz é explicitar o que sempre foi, e até mesmo uma análise do antigo Anexo 5-A auxilia neste intento. Veja-se:

O antigo Anexo 5-A dispunha como beneficiários da redução da base de cálculo os seguintes itens:

8517.62.54	Distribuidores de conexões para rede (hubs)
8517.62.55	Moduladores/demoduladores (“modems”).

O novo decreto dispõe que estes são os beneficiados:

8517.62.5 - Aparelhos para transmissão ou recepção de voz, imagem ou outros dados em rede com fio. Distribuidores de conexões para rede (hubs). Moduladores/demoduladores (“modems”).
8517.62.3 - Outros aparelhos para comutação

Ou seja, o mesmo tratamento que era dado a hubs e a modems se mantém. A única possível alteração seria na “novidade” dos “Aparelhos para transmissão ou recepção de voz, imagem ou outros dados em rede com fio.” Contudo, atentem-se, Nobres Julgadores: este texto refere-se não a um subitem específico de 8 (oito) dígitos, mas sim um item geral de 7 (sete) dígitos.

*Um rápido raciocínio leva a conclusão de que não houve qualquer alargamento da incidência da norma beneficiária! Ora, hubs e modems continuam a possuir o benefício da redução da base de cálculo. Estes subitens já estavam inseridos anteriormente no item geral de 8 (oito) dígitos. O que a nova norma busca é simplesmente explicitar que eles não eram os **únicos** itens agraciados.*

Isso porque os benefícios são dados em referência a numeração NCM. Ora, o que se tinha anteriormente era um código de 8 dígitos, (8517.62.54), sendo este um subitem do capítulo de 7 dígitos (8517.62.5). A confusão gerada se dava por entendimento equivocado da Fazenda Estadual em que somente os aparelhos hubs estariam beneficiados, quando, em verdade, a norma buscava atender a totalidade de bens deste capítulo.

E essa confusão ocorria por interpretação errônea da legislação. Tanto o é, que o novo decreto engloba em uma única numeração não apenas “aparelhos para transmissão ou recepção de voz, imagem ou outros dados em rede com fio”, mas também hubs e modems. Ou seja, o que se tem, é uma nova norma explicitando que a abrangência do benefício fiscal não é, e nunca foi, restritiva.

Ora, sendo assim, é claro que a norma deve ter aplicação retroativa, tendo em vista que somente veio para explicitar uma situação atrasada, com força no art. 106, I, do CTN”. (sic)

Conclui que, tendo o novo decreto cunho retroativo, deve-se aplicar o disposto no artigo 106, inciso II, alínea “a”, do Código Tributário Nacional, o que significa dizer que não agiu de forma contrária à lei.

Informa também que, nos autos do Processo Administrativo Fiscal oriundo do Auto de Infração nº 180461.0005/13-7, o CONSEF reconheceu que os “hubs” e “switchs”, embora não sejam idênticos produtos, usufruem ambos do benefício fiscal da redução de base de cálculo, “em conformidade com as Regras Gerais para a Interpretação do Sistema Harmonizado – NCM/SH, que estabelecem as normas de classificação das mercadorias na Nomenclatura, uma vez que idênticos os seis primeiros algarismos do código NCM, que são concernentes a Capítulo, Posição e Subposição, e considerando-se também a descrição do item de informática no levantamento fiscal realizado, e sua utilização de conhecimento público, então com a exclusão de tais itens dos demonstrativos fiscais (...)”.

Aponta que “a decisão final não argumenta nos termos do Decreto nº 15.163/2014, mas tão somente na lógica formal de que os produtos serão os mesmos, pois se enquadram na mesma categoria que é beneficiada”, o que, em seu entendimento, justifica a exclusão de tais itens desta autuação.

Alega, ainda, que jamais deixou de recolher o ICMS devido ao Estado da Bahia no período fiscalizado e que o autuante cometeu um equívoco “ao considerar alíquota única de 17% para todas as mercadorias adquiridas”, quando deveria ter verificado a “NCM do produto” e a redução “da base de cálculo das mercadorias de hardware beneficiadas (hubs e switchs)”, e aplicado “a alíquota incidente” de 7%. Apresenta uma planilha “com o demonstrativo da multa cobrada indevidamente pelo motivo acima especificado”.

Pede a realização de “perícia técnica no tocante ao entendimento da aplicação do Decreto nº 15.163/2014 aos produtos switchs, também beneficiados com a redução da base de cálculo conforme entendimento da própria SEFAZ/BA em julgado anexo e já citado no corpo desta petição”, elencando os quesitos que deseja ver respondidos.

Por fim, requer a improcedência do lançamento de ofício e, na hipótese deste Colegiado não se convencer da veracidade de seus argumentos, a realização de EXAME PERICIAL CONTÁBIL “com o fim específico de que seja verificado se houve qualquer prejuízo referente ao pagamento do ICMS, pela sistemática normal, se pela aplicação do novel Decreto Estadual nº 15.163/2014, a utilização de alíquota geral de 17% para todas as mercadorias adquiridas pela Impugnante em outras unidades da federação, com objetivo de posterior comercialização, encontra-se em consonância com a legislação estadual baiana”.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de realização de “Exame Pericial Contábil” formulado pelo recorrente, pois entendo que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste órgão de julgamento administrativo (acorde o artigo 147, inciso I, letra “a”, do RPAF/99). Além disso, se há alguma prova ainda a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, sendo inadequada, para tal finalidade, a diligência solicitada.

O Recurso Voluntário foi apresentado em face da decisão de primeiro grau que julgou procedente em parte o presente auto de infração, lavrado para exigir multa de 60% sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias

provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

O recorrente alegou que “*tem-se claro que não houve qualquer falta de pagamento de tributo, mas tão somente uma postergação do pagamento, que ainda assim ocorreu dentro do prazo, do dia 25 (vinte e cinco) ao do mês subsequente*”, ou seja, “*o pagamento aconteceu ANTES do período devido pelo ICMS Normal*”.

Todavia, como reconhecido pelo próprio contribuinte, não foi lançado tributo e sim, penalidade pela falta de recolhimento do imposto no momento previsto na legislação, isto é, na entrada das mercadorias no estabelecimento ou, em caso de contribuinte credenciado, até o dia 25 do mês seguinte à entrada, não havendo que se falar na existência, ou não, de prejuízo ao Erário estadual. Ademais, pelo fato de as mercadorias serem fungíveis, não se pode garantir que a sua saída foi promovida no mesmo mês em que ingressaram, como afirmado no apelo recursal.

Consequentemente, deve ser aplicada a multa de 60% sobre o ICMS que deixou de ser pago a título de antecipação parcial no momento previsto na legislação, como se verifica pela redação dos dispositivos da Lei nº 7.014/96 abaixo transcritos:

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

(...)

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

(...)

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

(...)

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”;

O sujeito passivo argumentou, ainda, que o autuante calculou o tributo utilizando a alíquota de 17% para todos os produtos, quando deveria ter considerado a redução de base de cálculo dos produtos “switchs”, haja vista que o Decreto nº 15.163/14, que alterou o Anexo 5-A do RICMS/BA e explicitou o “*correto alcance da redução da base de cálculo conferida pelo art. 266 do RICMS (antigo art. 87, no RICMS antigo)*”, tem natureza interpretativa, nos termos do artigo 106, inciso I, do Código Tributário Nacional, e, portanto, deve ser aplicado aos fatos geradores deste auto de infração.

Ressalto, mais uma vez, que não foi lançado tributo no presente auto de infração, mas a multa percentual prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, c/c o § 1º do citado artigo, da Lei nº 7.014/96, pelo fato de o recorrente ter deixado de antecipar o imposto devido nas entradas das mercadorias, debitando-o apenas no momento das saídas posteriores.

Não obstante, caso reste comprovado que o produto “switch” gozava da redução de base de cálculo do ICMS, esse fato repercutirá no valor da multa indicada, nos termos do inciso I do § 1º do artigo 12-A da Lei nº 7.014/96 c/c o § 2º do artigo 352-A do RICMS/97 e o § 3º do artigo 268 do RICMS/12, a seguir reproduzidos:

LEI Nº 7.014/96:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

I - isenção;

RICMS/97:

Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

(...)

§ 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.

RICMS/12:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

(...)

§ 3º As reduções de base de cálculo para as operações internas, previstas neste artigo e nos arts. 266 e 267, deverão ser consideradas na apuração da antecipação parcial devida nos termos do art. 12-A da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, exceto em relação à hipótese prevista no inciso VI do art. 267.

Dessa forma, faz-se necessário proceder à análise dos argumentos apresentados pelo contribuinte (de redução de base de cálculo do produto “switch”, o que se fará a seguir:

O RICMS/97, dispunha, em seu artigo 87, inciso V, o seguinte (dispositivo vigente até 31/03/12):

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

V - das operações internas com 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, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%;

ANEXO 5-A APARELHOS E EQUIPAMENTOS DE PROCESSAMENTO DE DADOS DE USO EM INFORMÁTICA E SUPRIMENTOS BENEFICIADOS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS (a que se refere o art. 87, V)	
Código NCM	DESCRIÇÃO
8517.62.4	Roteadores digitais, em redes com ou sem fio.
8517.62.54	Distribuidores de conexões para rede (hubs)
8517.62.55	Moduladores/demoduladores (“modems”).
8523.29	Discos magnéticos próprios para unidade de discos rígidos, para gravação de som ou para gravações semelhantes, não gravados; fitas magnéticas para gravação de som ou para gravações semelhantes, não gravadas; fitas magnéticas gravadas, para reprodução de fenômenos diferentes do som ou da imagem.
8523.40	Suportes ópticos
8523.51	Dispositivos de armazenamento não-volátil de dados à base de semicondutores

O RICMS/12, por sua vez, estabeleceu o seguinte, em seu artigo 266, inciso XIII (dispositivo vigente a partir de 01/04/12):

Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações:

(...)

XIII - das operações internas com 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 quadro a seguir, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%:

Código NCM	DESCRIÇÃO
8517.62.4	Roteadores digitais, em redes com ou sem fio
8517.62.5	Aparelhos para transmissão ou recepção de voz, imagem ou outros dados em rede com fio. Distribuidores de conexões para rede (hubs). Moduladores/demoduladores (“modems”)
Nota: A redação atual da linha 14 da tabela do inciso XIII do <i>caput</i> do art. 266 foi dada pela Alteração nº 22 (Decreto nº 15.163, de 30/05/14, DOE de 31/05 e 01/06/14), efeitos a partir de 10/06/14. Redação originária, efeitos até 09/06/14: “8517.62.54 - Distribuidores de conexões para rede (hubs)”	
8517.62.3	Outros aparelhos para comutação
Nota: A redação atual da linha 15 da tabela do inciso XIII do <i>caput</i> do art. 266 foi dada pela Alteração nº 22 (Decreto nº 15.163, de 30/05/14, DOE de 31/05 e 01/06/14), efeitos a partir de 10/06/14. Redação originária, efeitos até 09/06/14: “8517.62.55 - Moduladores/demoduladores (“modems”)	

Pelo exame da legislação mencionada, percebe-se que, até a edição do Decreto nº 15.163/14, a redução de base de cálculo prevista no inciso XIII do artigo 266 do RICMS/12 restringia-se aos “*Distribuidores de conexões para rede (hubs)*–NCM/SH 8517.62.54” e aos “*Moduladores/demoduladores (“modems”)*– NCM/SH 8517.62.55”, não havendo como acolher a tese recursal, de que o benefício fiscal inserido na legislação para os “*Aparelhos para transmissão ou recepção de voz, imagem ou outros dados em rede com fio*” deve ser aplicado anteriormente à expedição do referido Decreto, porque, nos termos do artigo 111 do Código Tributário Nacional, interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção, que é o caso dos autos.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233099.4002/14-0**, lavrado contra **AURIGA INFORMÁTICA E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa pecuniária no valor de **R\$273.505,84**, prevista no art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de junho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS