

A. I. N° - 298629.0010/17-4
AUTUADO - COMDADOS COMÉRCIO E SERVIÇOS ELETRÔNICOS LTDA.
AUTUANTE - IARA ANTONIA DE OLIVEIRA ROSA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07.12.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0182-05/18

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTADA COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. Diante dos elementos constantes no processo, e na busca da verdade material, que permeia o processo administrativo fiscal, com os meios e recursos que a Administração Pública possui, respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa, concluo que deve ser dado tratamento igual para os hubs e switches, concernente ao benefício fiscal de redução de base de cálculo, prevista no Art. 266, XIII do RICMS/2012, Decreto 13.780, ao tempo em que destaco a decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão 0145-11-18, a qual referendou os argumentos defensivos, com pedido de igual teor ao aqui formulado. Assim, os produtos switches devem ser retirados da autuação, restando mantidos os valores expressamente reconhecidos pelo sujeito passivo, relativos aos produtos com códigos 3834, 3953 e 4007. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/12/17 exige imposto no valor de R\$308.711,73, acrescido da multa de 60%, devido ao recolhimento a menos do ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O autuado na sua defesa (fls. 20 a 25), inicialmente comenta a infração, que acusa utilização indevida do benefício de redução de base de cálculo (RBC) para mercadorias não contempladas no art. 266, VI, do RICMS, na redação vigente entre 1º/01/2013 e 31/05/2014 e diz que acata a exigência fiscal relativa aos produtos com códigos 3834, 3953 e 4007, reconhecendo parcialmente o auto de infração.

Quanto aos demais produtos autuados, ressalta que a classificação e enquadramento na NCM/SH é responsabilidade do contribuinte e em caso de dúvidas a competência para responder consultas é da Secretaria da Receita Federal (SRF), conforme entende a SEFAZ-BA, por meio da DITRI/Gecot, a exemplo dos Pareceres nº 18544/2012; 20431/2012 e 28150/2012 nos quais em termos gerais manifestou que a “*classificação e enquadramento dos produtos na NCM/SH é de responsabilidade do consulente e, em caso de dúvidas sobre a correta classificação da mercadoria na NCM/SH, o contribuinte deve consultar a Secretaria da Receita Federal, que é o órgão competente para esse fim*”.

Argumenta que por ser a SRF o órgão competente para atribuir classificação fiscal de produtos, formulou consulta acerca de equipamentos por ela importados e comercializados, tendo a Solução de Consulta nº 40 – SRRF05/Diana, de 31/08/2011 (fls. 27 a 34), cuja ementa transcreveu à fl. 21 e também a Solução nº 227/2007 que trata do mesmo produto, tem a seguinte ementa:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 40 de 31 de Agosto de 2011

ASSUNTO: Classificação de Mercadorias

EMENTA: CÓDIGO TEC - 8517.62.54 Distribuidor de Conexões para Redes, equipamento destinado a propiciar a distribuição de conexões de redes locais e utilizados em projetos de redes de comunicação digital, conectando LAN (rede local) entre si ou segmentado LAN, denominado comercialmente "hub switch", fabricado por Extreme Network Company.

Transcreve também a Solução de Consulta nº 227 (fl. 23) que trata do mesmo produto, porém de outro fabricante, observando ainda que a posição 8517.62.5 da TIPI-2017 indica:

NCM	DESCRIÇÃO	ALÍQUOTA (%)
85.17	Aparelhos telefônicos, incluindo os telefones para redes celulares e para outras redes sem fio; outros aparelhos para emissão, transmissão ou recepção de voz, imagens ou outros dados, incluindo os aparelhos para comunicação em redes por fio ou redes sem fio (tal como uma rede local (LAN) ou uma rede de área estendida (alargada*) (WAN)), exceto os aparelhos das posições 84.43, 85.25, 85.27 ou 85.28.	
8517.6	- Outros aparelhos para emissão, transmissão ou recepção de voz, imagens ou outros dados, incluindo os aparelhos para comunicação em redes por fio ou redes sem fio (tal como uma rede local (LAN) ou uma rede de área estendida (alargada*) (WAN)):	
8517.62	-- Aparelhos para recepção, conversão, emissão e transmissão ou regeneração de voz, imagens ou outros dados, incluindo os aparelhos de comutação e roteamento (encaminhamento*)	
8517.62.5	Aparelhos para transmissão ou recepção de voz, imagem ou outros dados em rede com fio	
8517.62.51	Terminais ou repetidores sobre linhas metálicas	15
8517.62.52	Terminais sobre linhas de fibras ópticas, com velocidade de transmissão superior a 2,5 Gbit/s	15
8517.62.53	Terminais de texto que operem com código de transmissão Baudot, providos de teclado alfanumérico e visor, mesmo com telefone incorporado	15
8517.62.54	Distribuidores de conexões para redes (<i>hubs</i>)	15
8517.62.55	Moduladores/demoduladores (<i>modems</i>)	15
8517.62.59	Outros	15

Transcreve os itens 6, 7, 8 e 9 da Solução de Consulta nº 40, que discorre sobre a classificação da NCM 8517.62 que envolve aparelhos de recepção, conversão e transmissão ou regeneração de voz, imagens e dados incluindo os aparelhos de comutação e roteamento, bem como a subclassificações NCM 85.17.62.54 relativo a distribuidores de conexões para redes (Hubs).

Afirma que não resta dúvida de que o produto distribuidor de conexões para redes com função de *switch* enquadra-se no código 8517.62.54 da TIPI com descrição: *Distribuidores de conexões para redes (hubs)* não importando a função exercida pelo equipamento, bastando que seja um distribuidor de conexões para redes e não cabe à SEFAZ definir a classificação fiscal da NCM para o produto, visto que a correta classificação é de responsabilidade do contribuinte e em caso de dúvidas a competência é da Secretaria da Receita Federal (SRF).

Diz que no caso em questão, os produtos comercializados foram classificados pela RFB como sendo distribuidores de conexões para redes (hub), enquadrados no código 8517.62.54 da TIPI, com enquadramento legal dos produtos indicados no inciso VI do art. 266, do RICMS-BA, assegurando o direito de fazer uso do benefício fiscal de redução de base de cálculo do ICMS para os produtos atuados.

Requer procedência do lançamento em relação aos produtos de códigos 3834, 3953 e 4007, com homologação do quanto recolhido e improcedência em relação aos demais produtos, indicando endereço para intimações, notificações e outros da espécie relacionadas ao processo (fl. 24).

A autuante na informação fiscal (fls. 40 a 46) inicialmente comenta a infração, reconhecimento do autuado quanto alguns produtos e resumiu os argumentos quanto a classificação e enquadramento na NCM/SH que pelo contribuinte e respostas das soluções de Consulta nº 40/2011 e a 227/2007.

Afirma que o auto de infração foi lavrado em decorrência da utilização indevida da RBC nas saídas realizadas do produto SWITCH classificado no NCN 8517.62.54 que o autuado entende ser contemplado pelo art. 266, XIII do RICMS-BA/2012, transcrito abaixo:

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%:

“8517.62.54 - Distribuidores de conexões para rede (hubs)” - (Redação originária, efeitos até 09/06/14)

Diz que a autuação levou em consideração dois aspectos para enquadramento dos produtos comercializados:

- 1 - A descrição do produto no inciso XIII do art. 266.
- 2 - A NCM estabelecida no mesmo.

Entende que para ser beneficiado pela RBC, o produto deve atender aos dois requisitos, a NCM e a descrição dos produtos, e a interpretação da legislação a ela aplicável deve ser de forma literal, nos termos do art. 107 do CTN, conforme manifestado no Parecer 19324920119 da Ditri Gecot.

Quanto à NCM do switch, reconhece que “está presente no convênio”, conforme entendimento ratificado pela SRF na resposta à Solução da Consulta nº 40 – SRRF05/Diana, anexada às fls. 26 a 34.

No que se refere a descrição, o art. 266, XIII especifica a NCM 8517.62.54, e “*somente o hub como sendo equipamento amparado pelo benefício*”, ficando claro que na Solução da consulta que “*hub e switch são equipamentos diferentes*”, como afirma o contribuinte (fl. 29) na sua consulta à SRF.

Ressalta que para o produto se enquadrar na hipótese de RBC prevista no inciso XIII do art. 266 do RICMS/2012 é necessário que a NCM e a descrição do produto coincidam e a matéria a ser analisada no presente caso não é apenas a classificação do produto (switch) na NCM, mas, também a existência de identidade desse produto com o previsto no RICMS-BA/2012.

Transcreve parte de conteúdo contido nos Acórdãos JJF nº 0018-04/14 e JJF nº 0089-04/15, nos quais foi fundamentado que na consulta formulada à SRF foram descritas as diferenças entre o HUB e o HUB-SWITCH, visto que os hubs foram substituídos pelo switch e não se confundem.

Destaca que o Acórdão CJF Nº 0215-12/17, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, mantém o mesmo entendimento dos Acórdãos citados acima, conforme transcreveu às fls. 45 e 46 e conclui que a Solução de Consulta nº 40 a SRF e Parecer da DITRI-GECOT corroboram seu entendimento.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS em decorrência da utilização da redução da base de cálculo (RBC), nas saídas internas com aparelhos de processamento de dados sobre os quais resultou em carga tributária de 7%, e a fiscalização entendeu não estarem contempladas com o benefício fiscal.

Na defesa apresentada, o sujeito passivo reconheceu a utilização indevida da RBC relativa aos produtos com códigos 3834, 3953 e 4007 (MÓDULOS DE EMPILHAMENTO E GERENCIAMENTO PSWITCH), relacionados nos demonstrativos de fls. 8 a 12, cuja exigência fiscal é procedente.

De modo geral, os produtos impugnados são distribuidores de conexões para redes com função de *switch* que o autuado entende enquadrar-se no código NCM 8517.62.54, não importando a função exercida pelo equipamento, enquanto a fiscalização afirma que no período fiscalizado o benefício fiscal contemplava apenas os *hubs*, mas não contemplava os *switchs*.

Ressalto que o período fiscalizado inicia-se em 1º/01/2013 e finaliza em 31/05/2014, durante a vigência do art. 266, XII do RICMS/2012, cuja redação estabelecia:

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")"	

Assiste razão ao autuado no que se refere ao argumento de que o produto *switch* integra a NCM 8517.62.5, que envolve aparelhos para emissão, transmissão ou recepção de voz, imagens e dados.

Entretanto, conforme Parecer 193.249.2011.9 da DITRI/GECOT (SEFAZ/BA) e resposta à Solução da Consulta nº 40 – SRRF05/Diana (fls. 26 a 34), os produtos *hub* e *switch* se diferenciam:

O hub é um dispositivo que tem a função de interligar os computadores de uma rede local. Sua forma de trabalho é a mais simples se comparado ao switch: o hub recebe dados vindo de um computador e os transmite às outras máquinas. No momento que isso ocorre nenhum computador consegue enviar o sinal. Sua liberação acontece após o sinal anterior ter sido completamente distribuído.

O switch é um equipamento muito semelhante ao hub, mas tem uma grande diferença: os dados vindos do computador de origem somente são repassados ao computador de destino. Isso porque os switch criam uma espécie de canal exclusivo entre a origem e o destino. Dessa forma a rede não fica "presa" a um único computador. Isso aumenta o desempenho da rede..."

Pelo exposto, assiste razão à autuante quanto à afirmação de que o art. 266, XIII do RICMS/2012, com redação originária vigente até 09/06/14, contemplava o benefício fiscal da RBC, de modo que a carga tributária equivallesse a 7%, relativa ao produto com código NCM "8517.62.54 - Distribuidores de conexões para rede (hubs)" - (Redação originária, efeitos até 09/06/14).

Como o período fiscalizado foi de 01/01/2013 a 31/05/2014, restou caracterizado que o sujeito passivo infringiu o disposto no art. 266, XIII do RICMS/2012, tendo em vista que a redação vigente neste período não contemplava o benefício fiscal para o produto objeto da autuação (*switch*), cuja saída foi tributada indevidamente com RBC, de modo que a carga tributária foi equiparada a 7%.

Ressalte-se ainda, que conforme argumentou a autuante, este entendimento já foi manifestado na Decisão contida no Acórdão CJF 0215-12/17, que não deu provimento ao recurso voluntário interposto contra a Decisão exarada no Acórdão 3ª JF nº 0195-03/16, mantendo o entendimento de que durante a vigência da redação original do disposto no art. 266, XIII do RICMS/2012 (até

09/06/2014), o produto switch não estava contemplado com o benefício fiscal de RBC, cuja conclusão transcrevo abaixo:

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.

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

VOTO VENCEDOR

Peço vênia para discordar do colega Relator deste PAF.

A questão posta à apreciação desta JJF, refere-se às saídas internas de aparelhos e equipamentos de processamento de dados, periféricos e suprimentos, cuja base de cálculo adotada pelo sujeito passivo sofreu redução, de forma que a carga tributária incidente correspondeu à alíquota de 12%.

Especificamente, pleiteia o sujeito passivo que hub e switches, por serem produtos idênticos, recebam o tratamento concedido pelo benefício fiscal de redução de base de cálculo, prevista no Art. 266, XIII do RICMS/2012.

Consoante informação obtida na Rede de Internet, blog.mundomax.com.br/informática; bem como trazida pelo patrono do defendente, em sessão de julgamento, “o switch (comutador) é um importante equipamento que possibilita a conexão de computadores em redes. A melhor maneira de entender o funcionamento do Switch é considerá-lo como uma evolução do HUB.

O Swicht ocupa também a função central da rede, realizando a conexão entre várias máquinas numa LAN (Local Área Network). A diferença fundamental, para o hub, é que o Swicht permite que os dados vindos do computador de origem, somente são repassados ao computador de destino.

O Swicht também pode ser usado para interligar vários hubs, ou mesmo para interligar diretamente as estações, substituindo um hub. Assim, o Swicht trabalha de forma muito mais inteligente do que o Hub, pois encaminha os dados apenas para o destinatário correto. Seu design é muito igual ao do Hub, ou seja, com um número “x” de portas para conexão de “x” computadores.

Existe também o Hub-Switch, dispositivo mais novo, uma espécie de Switch mais econômico, barato, geralmente usado para redes com até 24 computadores.

Outrossim, consoante a explicação na sustentação oral do defendente, hub/switch, no período autuado, de janeiro de 2013 a maio de 2014, o Código NCM para estes aparelhos é a 8517.62.54 “Distribuidores de conexões para rede (hubs)”.

A *Secretaria da Receita Federal, que é o órgão competente para atribuir classificação fiscal de produtos*, foi requerida para consulta acerca de equipamentos importados e comercializados pelo sujeito passivo, tendo a Solução de Consulta nº 40 – SRRF05/Diana, de 31/08/2011 (fls. 27 a 34), cuja ementa transcreveu à fl. 21, e também a Solução nº 227/2007, que trata do mesmo produto, sendo que a Receita Federal entendeu devesse ser atribuída aos hub/switch (categoria intermediária em termos de evolução tecnológica, entre os hubs e os switches) a mesma NCM dos próprios hubs, qual seja, 8517.62.54 – distribuidores de conexões para redes (hubs)”

No mesmo sentido, em processo deste CONSEF Nº 0145-11-18, encaminhado para apreciação da DTI, esta Diretoria confirmou que “os hubs e switches são utilizados para interligar computadores em rede local e que os hubs são meros repetidores, recebem os dados e retransmitem para todas as portas; a diligência

confirma também a informação apontada no laudo da impugnação, de que o switch nada mais é do que uma evolução dos hubs, ao acrescentar que já os switches ao receberem uma informação, faz análise dos dados e os enviam a uma porta especificamente destinada e conclui que os switches possuem funcionalidades avançadas e são mais caros”.

Assim, resta evidenciado que há grau de semelhança entre os dois produtos, sendo o switch uma evolução do hub, contudo, a questão aqui trazida nesta lide, é se estariam ambos beneficiados pela redução de base de cálculo prevista no Art. 266, VI do RICMS/2012, para o período autuado, como afirma o sujeito passivo, por se tratar de mesmo produto, e que possui a seguinte descrição: Distribuidores de conexões para rede (hubs) NCM8517.62.54.

Cabe salientar que, atualmente, os produtos hubs dificilmente se encontram no mercado, sendo substituídos pelos switch, que são mais atualizados.

Esta questão, debatida anteriormente, em Autos de Infração submetidos a este CONSEF, tais como o mencionado pelo autuante, Acórdão 0215-12/17, também foi apreciada recentemente pela 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, ACÓRDÃO CJF Nº 0145-11/18, em 13 de junho de 2018, o qual, amparado inclusive pelo Parecer da PGE/PROFIS, da lavra da Procuradora Dra. Maria José Coelho, esta opinou pela remessa dos autos à ASTEC, por se tratar de questão eminentemente técnica, momento em que a DTI, órgão técnico desta SEFAZ, também se pronunciou.

Naquele mesmo PAF, a PGE/PROFIS manifestou-se na ocasião da instrução processual, no sentido de que:

A PGE/PROFIS (fls. 1358/verso) manifestou-se pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, acolhendo as exclusões encetadas no opinativo em tela, na esteira de decisão da 1ª CJF, Acórdão nº 0201-11/15, porquanto, embora os NCMs dos produtos switches e hubs não sejam idênticos, tratam-se de produtos idênticos, em espécie equipamentos que possibilitam a conexão de computadores em redes, devendo, por conseguinte, ter o mesmo tratamento tributário.

Assim, referenda os trabalhos da ASTEC.

Em Despacho PGE/PROFIS, a Procuradora Assistente Dra. Rosana Passos, acolhe o pronunciamento da lavra de Dr. José Augusto Martins Júnior, e aponta que o tema já foi objeto de análise nos autos do Processo PGE 2015.249653-0, colacionando o parecer exarado naquela oportunidade pelo também Procurador.

Conclui entendendo que deve ser estendido aos switches o mesmo benefício fiscal que a legislação tributária estadual conferiu aos hubs, no art. 87, inc. V do RICMS/97.

Diante dos elementos constantes no processo, e na busca da verdade material, que permeia o processo administrativo fiscal, com os meios e recursos que a Administração Pública possui, respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa, concluo que deve ser dado tratamento igual para os hubs e switches, concernente ao benefício fiscal de redução de base de cálculo, prevista no Art. 266, XIII, do RICMS/2012, Decreto 13.780, ao tempo em que destaco a decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão 0145-11-18, a qual referendou os argumentos defensivos, com pedido de igual teor ao aqui formulado.

Assim, os produtos switches devem ser retirados da autuação, restando mantidos os valores expressamente reconhecidos pelo sujeito passivo, relativos aos produtos com códigos 3834, 3953 e 4007.

Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.

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 n.º **298629.0010/17-4**, lavrado contra **COMDADOS COMÉRCIO E SERVIÇOS ELETRÔNICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$5.349,32**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” 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 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de outubro de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA/VOTO VENCEDOR