

PROCESSO - A. I. Nº 298629.0010/17-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - COMDADOS COMÉRCIO E SERVIÇOS ELETRÔNICOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0182-05/17
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/03/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0376-12/19

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTADA COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. Mantida decisão de primeiro grau, que reconheceu elementos constantes no processo para concluir 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 nº 13.780, segundo entendimento da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acordão nº 0145-11-18. Os produtos switches devem ser retirados da autuação, mantidos os valores expressamente reconhecidos pelo sujeito passivo, relativos aos produtos com códigos 3834, 3953 e 4007. Infração improcedente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), em face do Acórdão JJF nº 0182-05/17, de sua própria lavra, que concluirá pela parcial procedência da autuação.

O Auto de Infração foi lavrado em 26/12/2017 e notificado em 28/12/2017, e todas as ocorrências apontadas datam de períodos de apuração salteados, ao longo dos exercícios de 2013 e 2014. A única acusação fiscal foi assim redigida:

Infração 01 – 03.02.05. Recolheu a menor o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Em julgamento realizado em 09/10/2018 (fls. 53 a 59), em decisão não unânime, a 5ª JJF acatou parcialmente os argumentos do ora Recorrente e julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração, implicando uma desoneração de R\$641.158,35 (fl. 61), nos termos dos Votos a seguir transcritos:

VOTO VENCIDO

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 switches.

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%:

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 equivalesse 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 JJF 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/informatica; 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 diligencia 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 switchs 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.

Foi interposto recurso de ofício.

Destaca-se, para que se lhe viabilize o exercício a prerrogativa prevista no art. 40, § 3º, do Regimento Interno deste CONSEF (RICONSEF – Decreto nº 7.592/99), que funcionou no julgamento de primeira instância o Ilustre Conselheiro Eduardo Ramos de Santana, atualmente em exercício perante esta Câmara.

Recebidos os autos, foram a mim atribuídos em 20/11/2019 e, considerando-os instruídos, solicitei à Sra. Secretária que providenciasse sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 11/12/2019 para julgamento.

VOTO

O Recurso de Ofício é cabível e adequado (art. 169, inciso I, alínea “a” do Decreto nº 7.629, de 9.7.1999 em sua atual redação – RPAF/99), por isso dele conheço.

Observo erro material na Resolução do acórdão recorrido, que mencionou tratar-se de decisão unânime, quando de fato houve divergência. A irrelevância jurídica deste erro material, contudo, não impede que se avance ao exame do mérito, como ademais, não vejo questões preliminares ou prejudiciais, quer hajam sido deduzidas expressamente, quer sejam suscitáveis de ofício.

Não é difícil concluir, a partir da leitura do relatório, que a questão jurídica aqui diz respeito à classificação fiscal de certas mercadorias (“hubs” e “switches”, no segmento de acessórios e periféricos de informática), para o fim de definir se os “switches” comercializados pela Recorrida lhe dão direito ao benefício da redução da base de cálculo.

Parte da autuação foi reconhecida pela Recorrida, em relação a mercadorias que admitiu não lhe ensejar o direito à redução da base de cálculo.

Portanto, e em síntese, a missão desta 2ª CJF é de apreciar qual dos entendimentos deve prevalecer: se o do Autuante, acolhido minoritariamente pela 5ª JJF; ou se o do Recorrente, acolhido pela maioria da 5ª JJF.

Destaque-se que ambos os entendimentos gozam de fundamentação a partir de opinativos exarados por órgãos externos, como aqueles vinculados à Receita Federal do Brasil. Ou seja, as opiniões oscilam entre: a) que uma classificação (NCM) distinta para os dois produtos (“hubs” e “switches”), não poderia implicar tratamento fiscal semelhante naquele dispositivo do art. 266, XIII do RICMS/2012, com a redação vigente ao tempo da autuação; e b) que a menção à expressão “hub” no texto da legislação é meramente exemplificativa de certos itens, sob o código NCM que indica (8517.62.54), e que tem como texto a função do periférico: “*Distribuidores de conexões para rede (hubs)*”.

A questão é simples, mas não por isso indene de polêmicas. Já há muito se esclareceu a diferença técnica entre esses periféricos, de modo que o que se está a sindicar é se a *ratio* da disposição desonerativa abrange o “switch”, uma evolução do “hub” (*vide* Acórdão CJF nº 0145-11/18, j. 01/08/2018, citado pela decisão de piso, e Acórdão CJF nº 0201-11/15, j. em 30/07/2015); ou se a menção a “hub” naquele código NCM implica teleologicamente uma intenção legislativa de desoneras apenas o “hub”, e não o “switch”, em observância da diretriz do art. 111 do CTN, de que isenções (e outras modalidades desonerativas) devem ser interpretadas restritivamente.

Com a vénia de entendimentos diversos, interpretar restritiva e literalmente não implica fechar os olhos para outros cânones da interpretação, como a teleologia. É preciso cotejar o que se desejou ao desonrar um periférico, e se a função de outro periférico, sendo a mesma daquele, não estaria

também direta e literalmente contemplada naquela intenção desonerativa.

Nesse passo, acolho a bem ponderada decisão a que atingiu a 5ª JJF na decisão de piso (bem assim a 1ª CJF, ao apreciar os precedentes citados): o tratamento a ser dado a “hub” e “switch”, no que se refere à redução da base de cálculo e no período objeto da autuação, deve ser idêntico. Afinal, o “switch” cumpre a função essencial de conectar computadores em rede, e nada autoriza crer que o legislador desejasse apenas desonerar um periférico de conexão em rede, em lugar do outro.

Diante do exposto sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 298629.0010/17-4, lavrado contra **COMDADOS COMÉRCIO E SERVIÇOS ELETRÔNICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor 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, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS