

**A. I. Nº** - 269096.0027/15-1  
**AUTUADO** - INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA.  
**AUTUANTE** - JAYME GONÇALVES REIS  
**ORIGEM** - IFEP INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 18.07.2016

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0107-05/16**

**EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO.** Descumprimento de obrigações acessórias. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. **b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO.** Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações reconhecidas e pagas com os benefícios da Lei do Concilia Bahia. **2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS. a) FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** As mercadorias objeto da autuação não se enquadram como produtos de colchoaria, logo, não se encontram inseridas no regime de substituição tributária. Item improcedente. **b) RECOLHIMENTO A MENOR. ERRO NA QUANTIFICAÇÃO DA MVA (MARGEM DE VALOR AGREGADO).** Infração parcialmente elidida. Exclusão da ocorrência fiscal verificada em 31/12/2013. Não acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão não unânime.

#### **RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 16/12/2015, para exigir ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$ 1.433.021,19. O lançamento em lide é composto das seguintes infrações:

**Infração 1** - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa acessória de 10%, prevista no art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96. Valor exigido: R\$ 111.066,18.

**Infração 2** - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Multa acessória de 1%, prevista no art. 42, inc. XI, da Lei nº 7.014/96. Valor exigido: R\$ 20.697,43.

**Infração 3** - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Os cálculos que demonstram os débitos cobrados nesta infração encontram-se expressos em arquivo eletrônico (extensão PDF), gravada em mídia ótica, em pasta sob denominação de Anexo 03, sendo parte integrante e indissociável do presente Auto de Infração. A legislação sob a qual amparou-se a lavratura do A.I. foi complementada pelo Parecer DITRI nº 14355321153, que também encontra-se devidamente gravado na mídia ótica que integra o processo. Ocorrência verificada nos meses de jan a dez dos exercícios de 2012 e 2013. Valor exigido: R\$ 1.203.766,17. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea "e", da Lei nº 7.014/96.

**Infração 4** - Reteve e recolheu a menor o ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas a contribuintes localizados neste Estado. Os cálculos que demonstram os débitos cobrados nesta infração encontram-se

expressos em arquivo eletrônico (extensão PDF), gravada em mídia ótica, em pasta sob denominação de Anexo 04, sendo parte integrante e indissociável do presente Auto de Infração. A legislação sob a qual amparou-se a lavratura do A.I. foi complementada pelo Parecer DITRI nº 14355321153, que também encontra-se devidamente gravado na mídia ótica que integra o processo. Ocorrência verificada nos meses de abr, mai, jun, jul, ago e set de 2012 e dez de 2013. Valor exigido: R\$ 97.491,41. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea "e", da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi cientificado do A.I., em 16/12/15, ingressou com defesa administrativa em 15/02/2016, através de petição subscrita por advogado com procuração nos autos (doc. fl. 36).

No tocante às infrações 1 e 2, a defesa informou, de início, ter efetuado o pagamento das exigências fiscais com os benefícios do Decreto do Concilia Bahia, conforme atestam os documentos juntados às fls. 37/38 e o relatório do SIGAT, anexado às fls. 117 a 121 dos autos.

Arguiu, em razões preliminares, a nulidade do auto de infração por ausência de motivação e cerceamento de defesa.

Discorreu que o lançamento tributário é procedimento administrativo que tem por finalidade verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente nos termos do art. 142 do CTN. Deste modo, o lançamento da autoridade competente busca constatar a ocorrência concreta do evento ou fato e descrever a lei violada, requisitos necessários ao nascimento da obrigação fiscal correspondente. Este fato deve ser certo e determinado e deve ser expressamente identificado pela autoridade fiscal.

Sustenta a defesa, a partir da leitura do auto em tela, que a fiscalização foi lacunosa e se resumiu a descrever nas infrações 3 e 4 a mesma exposição de motivos, informando que a empresa *“deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado”* sem dispor de forma expressa as razões que levaram a essa conclusão.

Transcreveu lições dos tributaristas e professores Marçal Justen Filho e Roque Carrazza. Salientou que não foi descrito na exação qual o produto objeto da imputação de forma clara e precisa. Que a falta de fundamentação culminou por, reflexamente, cercear o direito de defesa da empresa autuada tendo em vista que não pôde conhecer, efetivamente, as razões que levaram à imputação, tendo que supor, ou até extrair das planilhas anexadas pelo fisco, através de cálculos complexos, a provável motivação, do lançamento de ofício.

Pugnou pela declaração de nulidade do auto de infração, por ser questão de direito e aventando a remota possibilidade da preliminar suscitada não ser acolhida, em função do princípio da eventualidade, passou a discorrer sobre o mérito.

Nas razões de mérito, consignou que na infração 3, a partir da análise do correspondente ANEXO, foi irregularmente imposta, pois teria como referência que a autuada deixou de recolher o ICMS antecipado, quando as operações autuadas se reportam a venda da mercadoria **Cama Americana**. (conforme amostragem de notas fiscais anexas)

Transcreveu as disposições contidas no § 7º do art. 150 da Constituição Federal de 1988, atinentes à substituição tributária, afirmando que esse instituto, tal como tratado na Carta Magna, é uma forma de antecipação do pagamento do imposto, pois se dá antes da ocorrência do respectivo fato gerador. Pelo seu caráter de excepcionalidade, o instituto da substituição tributária se reveste de critérios objetivos e formais como condição para sua legalidade.

Partindo dessas premissas, salientou que o produto Cama Americana não está incluído na sistemática de substituição tributária prevista no regulamento pertinente, como quis fazer crer a autoridade autuante.

Discorreu que a Cama Americana constitui um produto de estrutura simples de madeira com pés e revestida de tecido. No tampo superior, não tem espuma. Possui mero revestimento TNT (laudo técnico anexo – fls. 39 a 42). Que é um produto destinado apenas como base de colchão, não

devendo ser utilizado para repouso, enquadrando-se perfeitamente nos requisitos previstos na NBR 16045:2012, norma prevista na ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) para caracterização de camas de uso doméstico.

Pontuou ainda que o aludido produto possui NCM 9403.50.00, excluído, portanto, das regras pertinentes à substituição tributária pela ausência de previsão legal. Disse que a autoridade fiscal fez uma confusão entre Cama Box, Sômiê e a Cama Americana, enquadrando-as sob a mesma previsão legal.

Que os documentos e pareceres colacionados pela autuada deixam claro que não há que se confundir Cama Americana com Sômiê/Box Spring e Cama Box, pois, embora ambos tenham em comum a característica de servir de suporte para colchão, estes últimos também podem substituir o colchão, enquadrando-se, portanto, na posição NCM 9404, destinada aos “suportes para cama (sômiês); colchões, edredons, almofadas, pufes” cujo tratamento se sujeita à substituição tributária do ICMS.

Frisou mais à frente que embora o Sômiê e o Box possuam semelhanças com a Cama Americana, a verdade material é que esta última não possui os requisitos necessários ao enquadramento dos denominados produtos de colchoaria, até porque não atende as especificações previstas na NBR 135791:2011, norma da ABNT para caracterização de colchões.

Apresentou, na peça defensiva, à fl. 27 dos autos, um pequeno relatório fotográfico para demonstrar as características do produto Cama Americana, visando demonstrar que essa mercadoria possui os mesmos requisitos da típica cama de madeira. Explicou ainda que o simples revestimento em tecido para dar acabamento ao produto não tem o condão de modificar a natureza do mesmo cujas orientações de uso e garantias taxativamente proíbem sua utilização sem o colchão. Reiterou que não há que se confundir Cama Americana com Box, pois o Box possui revestimento de espuma com espessura suficiente para permitir o repouso.

Linhas à frente a defesa argumenta que o processo administrativo fiscal é regido pelo alicerce da verdade material, pois o que se busca durante todo o *Iter* é a verdade real dos fatos em contenda e que a verdade real dos fatos é que a Cama Americana é uma cama de madeira tradicional com acabamento de tecido tipicamente classificada na NCM 9403.50.00, sendo uma base imprestável para o repouso, sobre a qual é indispensável à utilização de colchão, vendida de forma independente e separada do colchão, enquanto a Cama Box, e Sômiê em sua base, possuem espuma com espessura suficiente para possibilitar o repouso.

A defesa explanou que a posição NCM 9404 descreve “suportes elásticos para camas (sômiês); colchões, edredons, almofadas, pufes, travesseiros e artigos semelhantes, equipados com molas ou guarnecidos interiormente de quaisquer matérias, compreendendo esses artigos de borracha ou de plásticos, alveolares, mesmo recobertos”. Que o suporte elástico para camas na tipificação da NCM é SOMIÊ e este, por sua vez, amortece o ato de sentar ou deitar-se, sem que haja desconforto para quem utiliza, possuindo espumas, que são cobertas por napa ou tecido e, por conseguinte, não há necessidade de empregar o colchão sobre o mesmo, diferentemente da cama americana que oferece total desconforto e riscos à saúde para quem pretenda utilizá-la sem o colchão.

Ressaltou mais a frente que o ANEXO I do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia tipificava, à época dos fatos, no item 15, que eram passíveis de substituição produtos de COLCHOARIA e os itens 15.1, 15.2, 15.3 e 15.4 são descritos como subitens daquele gênero. Seria então imprescindível a condição COLCHOARIA para que o produto fosse enquadrado na substituição pretendida pelo Estado, caso contrário qualquer suporte de colchão estaria incluído naquele regramento tais como cama de madeira, camas tubulares, berços entre outros. Disse que para que o produto seja considerado de colchoaria é necessário o emprego de espuma ou molas que permitam conforto.

No Laudo Técnico da ABEPÊ, anexado (fls. 39/42), após estudo dos produtos BOX ORTHOTEL (BOX OU COLCHÃO BOX) e CAMA AMERICANA BLANCHE (CAMA AMERICANA) ao concluir sua análise asseverou o seguinte: “*embora parecidos a olho nu, são completamente diferentes à*

*medida em que o box orthotel possui tecido e espuma como revestimento da base e a Cama americana Blanche somente revestimento de TNT 120 gramas, ou seja se assemelha às tradicionais camas de madeira e metal. É fato, pois, que os produtos Box Orthotel (Box ou colchão Box) e Cama Americana Blanche (cama Americana) não podem ser substituídos um pelo outro, uma vez que esta necessita de um bem complementar, assim como as camas de madeira ou de metal, pois não há possibilidade de dormir sobre elas sem o uso de um colchão, enquanto aquela pode ser usada para repouso temporário.”*

A defesa destacou que o posicionamento acima encontra respaldo na portaria nº 408 de 03.09.2003 do MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA publicada no DOU que, ao estabelecer o Processo Produtivo Básico para Cama Americana, a identifica sob a NCM 9403.50.00 – Móveis de madeira para quarto de dormir.

Referenciando esse entendimento foi anexada nos autos a solução de consulta da Receita Federal - COANA nº 226 de 18 de junho de 2015 onde o órgão identificou: “*Cama de madeira, com estrado de madeira e laterais revestidas de papelão recoberta por **TECIDO** ou **PLÁSTICO**, do tipo utilizada em quarto de dormir*”, sob a NCM 94035000, ou seja: Móveis de madeira para quarto de dormir.

Conclui a defesa independentemente da nomenclatura comercial atribuída à mercadoria, produtos com as características acima descritas não fazem parte do rol de produtos que integram o gênero COLCHOARIA. São móveis de madeira e devem ser tributados como tal. Que a autuada ao usar da aludida classificação, não o fez arbitrariamente ou fugindo da condição normal do negócio, mas tão somente com base em laudo técnico ABEPE, no posicionamento MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA e, também no posicionamento da Receita Federal do Brasil.

Ponderou que no Auto de Infração e seus anexos os autuantes não fizeram qualquer questionamento quanto à NCM-SH aplicada para o produto Cama Americana, levando a contribuinte a crer que efetivamente foi acatado o enquadramento da forma em que foi asseverado nos documentos fiscais, ou seja, a classificação fiscal consignada nos documentos fiscais não foi contestada pela fiscalização e, outrossim, a descrição do produto não está consignada na legislação pertinente, restando indene de dúvidas que não se pode falar em aplicação da substituição tributária para o caso em concreto por flagrante falta de previsão legal.

Por sua vez, consignou que para que o Estado da Bahia pudesse aplicar as regras pertinentes à substituição tributária ao produto Cama Americana, seria imperioso que fizesse constar do texto legal a NCM e a descrição do produto prevendo a incidência do ICMS antecipado.

A defesa impugnou o parecer DITRI 14.355320153, posto que conflitante com o laudo técnico, o posicionamento da Receita Federal e a Portaria nº 408 de 03.09.2003 do MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA, documentos que foram anexados ao PAF.

Conclui a defesa que a exigência fiscal contida no item 3 do A.I., padece de fragilidades, em especial quando confrontada com os laudos e pareceres colacionados a impugnação. Pede a exclusão dessa cobrança do lançamento fiscal.

Em relação à infração 4, a defesa declarou que a exação não pode prosperar, já que a autoridade autuante utilizou em seus cálculos a MVA de 143,06% para “Box” ao arremio das regras vigentes à época do fato gerador. Citou o artigo 144 do CTN que determina: “*o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente ainda que posteriormente modificada ou revogada*”

Destacou que a MVA correta para o caso concreto era 76,87%, conforme Anexo 1 do Regulamento do ICMS de 2012 – com redação vigente de 01/04/12 a 31/12/12 – 2012 - ao definir as mercadorias sujeitas à substituição ou antecipação tributária, no seu item 15.1, em relação aos produtos “colchões, inclusive Box”.

Reproduziu na peça de defesa o texto da norma mencionada e as subseqüentes modificações, verificadas com a edição do Decreto 14.898, de 27/12/2013 que promoveu a 20ª alteração ao Regulamento, ocasião em que houve modificação da redação para “colchões 9404.2 e colchões, inclusive box 9404.2”, conforme texto também transcrito, com vigência para o período de 01/01/2014 a 28/02/2014.

Em seguida, declarou a redação da norma foi novamente alterada pelo Decreto nº 14.946 de 30/01/2014 (que promoveu a alteração nº 21 ao Regulamento) com efeitos a partir de 01/03/2014, trazendo a redação deste item para “Colchões 9404.2” transferindo o enquadramento de “box” para o item 15.2, agora sim enquadrando na MVA de 143,06%.

Diante do que foi exposto, sustenta que o cálculo referente à data de ocorrência de 31.12. 2013 está incorreto, o que retira do auto, parte significativa da Infração 04, no total de R\$ 95.299,95, visto que a margem de valor agregado prevista na lei à época dos fatos era de 76,87%.

Foi prestada informação pelo autuante, em 23/02/16, de acordo com a peça apensada às fls. 112/114 do PAF.

Discorreu o autuante que o contribuinte, reconhecendo preliminarmente a procedência das acusações que lhes foram imputadas, através das Infrações 01 e 02 do presente Auto de Infração, rebelou-se, no mérito, somente em relação às infrações 03 e 04.

No tocante ao pedido de nulidade, o autuante informou que à fl. 12 deste PAF foi inserido um envelope pardo, contendo mídia ótica, onde estão gravados todos os demonstrativos que integram a autuação (ANEXOS 03 e 04), além do PARECER DITRI, que dá clareza aos procedimentos adotados pelo Autuante na lavratura do Auto de Infração.

Com o fito de trazer tais esclarecimentos a esta Informação Fiscal, transcreveu o conteúdo do PARECER DITRI 21409/2015, no que concerne ao ponto objeto da exigência fiscal “*in verbis*”:

*“O Preposto Fiscal registra que o Protocolo ICMS 99/11, que no período de 01/03/2012 a 30/11/2013, disciplinou o regime de substituição tributária para os produtos de colchoaria, estabelecia MVAs distintas de 143,06%, e 76,87%, respectivamente, para os itens descritos como "suportes elásticos para cama" – NCM 9404.10.00, e "colchões, inclusive box" - NCM 9404.2, que, no seu entender, são produtos idênticos.*

*Aduz que indústrias do segmento argumentam que, durante a vigência do supracitado Protocolo, a MVA aplicável ao produto "cama box" era de 76,87%, e alguns contribuintes, inclusive, chegaram a classificar a base (suporte sólido) do colchão, como "cama", produto segundo eles não sujeito ao regime de substituição tributária.*

*Diante desses fatos, indaga:*

- 1. Qual a diferença entre colchões box, cama tipo box, e suporte elástico para cama, para fins de aplicação do regime de substituição tributária em tela?*
- 2. Qual a MVA aplicável ao produto "colchão box" (somiê), no período de vigência do Protocolo ICMS 99/11?*

**RESPOSTA**

*O Anexo Único do Protocolo ICMS 99/11, vigente de 01/03/2012 a 30/11/2013, trazia a seguinte redação:*

*"NCM/SH 9404.10.00 - DESCRIÇÃO suportes elásticos para cama - MVA (%) ORIGINAL 143,06%;*

*NCM/SH 9404.2 - DESCRIÇÃO colchões, inclusive box - MVA (%) ORIGINAL 76,87%;*

*NCM 9404.90.00 - DESCRIÇÃO travesseiros, pillow e protetores de colchões MVA (%) ORIGINAL 85,54%".*

*Ocorre que, de acordo com a Tabela de Incidência do Imposto Sobre Produtos Industrializados (TIPI), a posição da NCM 9404.2, compreende apenas os colchões; os suportes para cama (somiês) são classificados na posição NCM 9404.10.00.*

*Instada a se manifestar, a GERSU/DPF informa ter havido um equívoco na inserção da expressão "inclusive box", como um item da NCM 9404.2, já esse produto é tecnicamente um "suporte elástico para cama" ou cama box, e está classificado na posição da NCM 9404.10.00. Esclarece que a intenção do legislador no Protocolo ICMS 99/11 foi estabelecer a MVA de 76,87% para produtos de colchoaria classificados no código 9404.0, no caso os colchões. Registra que, nesse sentido, o Protocolo ICMS 114/2013 restringiu a*

*MVA de 76,87% para os colchões (NCM 9404.2), e fixou a MVA de 143,06% para os suportes para camas (somiês), inclusive "box" (NCM 9404.10.00).*

*Feitas essas premissas, em resposta aos questionamentos apresentados, informamos: suporte elástico para cama, somiês, e suas designações populares, a exemplo de colchão box, cama box, e cama americana, são apenas variações do mesmo produto, que têm a mesma finalidade, qual seja, dar lastro (suporte) ao colchão; trata-se de produtos abrangidos pela NCM 9404.10.00, e, assim, sujeitos à substituição tributária inclusive no período de vigência do Protocolo ICMS 11/99, (grifamos).*

*Concluimos ressaltando que, conquanto a designação contida no Protocolo 99/11 para o produto classificado na posição da NCM 9404.10.00 estivesse equivocada, de 01/03/2012 a 30/11/2013, os contribuintes estavam legalmente autorizados a aplicar a MVA de 76,87% para os suportes para cama (somiês), equipados com molas, ou guarnecidos interiormente de quaisquer matérias (inclusive madeira), quando acoplados aos colchões, formando os conjuntos box.*

O autuante afirmou que a infração 03 alcança as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sobre as quais a autuada, nas suas vendas, não procedeu à retenção do ICMS ST, nem seu recolhimento. Que a maioria destas mercadorias é constituída por suportes elásticos, “espertamente” classificados como “cama”, com objetivo único de “sonegação tributária” por mera modificação do nome, conforme foi bem definido no Parecer DITRI 21409/2015.

Disse ainda que o texto do Parecer da DITRI é aplicável ao montante cobrado na Infração 04, relativo ao mês de dezembro de 2013, quando os conjuntos BOX passaram a ter o tratamento tributário mais claro através do Protocolo nº 114/2013, e passaram a ser vistos como suportes elásticos, com conseqüente MVA de 143,06% e, pelo fato da Autuada não haver observado a legislação, estavam com o ICMS ST calculado a menor.

Que os valores cobrados em 2012 referem-se a operações de vendas de produtos da ST, cujo imposto foi erroneamente calculado a menor, não se tratando, de colchões BOX ou congêneres, como quis “induzir” a defendente.

Pugnou pela manutenção integral das Infrações 03 e 04.

O contribuinte, através de seus advogados, apresentou nos autos manifestação acerca da informação fiscal, em 01/04/2016, conforme petição acostada às fls. 124/125.

Nessa peça afirmou que a indigitada informação fiscal apenas repete o posicionamento consignado no auto de infração em tela e não contribui para o deslinde do processo, revelando posicionamento totalmente conflitante com o entendimento da Receita Federal do Brasil que claramente exclui o produto com as características da Cama Americana do rol de produtos tipificados como de **colchoaria**.

Diante de tais fatos, a autuada impugna a informação fiscal em todos os seus termos e reitera pedido para que seja declarada a improcedência da exação “*in questio*”.

## VOTO

Inicialmente cumpre observar que o contribuinte efetuou o recolhimento integral das infrações 1 e 2 com os benefícios da Lei do Concilia Bahia, conforme atestam os relatórios extraídos dos sistemas da SEFAZ – BA anexados às fls. 117 a 121 dos autos. Os valores recolhidos pelo sujeito passivo deverão ser homologados pela repartição fiscal de origem do processo.

Após a sustentação oral realizada pela advogada e prepostos da empresa, na sessão realizada no dia 09/06/16, remanesceu como objeto de contestação ao lançamento de ofício em exame, a totalidade da infração 03, no valor de R\$ 1.203.766,17; e o fato gerador vinculado à infração 04, com ocorrência em 31/12/13, este último, no importe de R\$ 95.491,41, visto que as demais ocorrências não foram expressamente contestadas pela defesa.

No tocante ao pedido de nulidade não vislumbro razões para acolher os argumentos defensivos. Isso porque as exigências fiscais tem lastro em descrição fática que está em conformidade com o sistema da SEFAZ-BA destinado à lavratura de Auto de Infrações (SEAI) e nos documentos e demonstrativos integrantes do CD anexado à fl. 12 do PAF, cuja cópia foi entregue ao sujeito

passivo, de forma que foi garantido ao impugnante o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Não houve incidência, no caso concreto, das normas que versam sobre nulidades, positivadas no art. 18 do RPAF/99.

Há que se ressaltar ainda que o próprio contribuinte reconheceu a procedência total das infrações 01 e 02, efetuando o pagamento das mesmas com os benefícios da Lei do Concilia Bahia, conforme atestam os relatórios anexados às fls. 117 a 121 dos autos. Invalidar o Auto de Infração e o processo administrativo dele decorrente, seria tornar sem efeito esse ato de reconhecimento das infrações cometidas e os correspondentes recolhimentos. Logo, o pedido de anulação do PAF formulado pelo contribuinte deve ser rejeitado, posto que incompatível com os atos posteriores praticados pelo próprio sujeito passivo, caracterizando situação típica de preclusão lógica.

Passo a examinar, em seguida, as questões de mérito, das infrações remanescentes.

Na infração 3, a lide gravita em torno da inserção ou não do produto denominado “Cama Americana” na sistemática de substituição tributária prevista na legislação de regência do ICMS, mas especificadamente no art. 353, inc. II, do RICMS/97, em relação aos fatos geradores do período de jan a mar de 2012, e no art. 289 e correspondente Anexo I, item 15 (produtos de colchoaria), do RICMS/12 (Dec. nº 13.780/12), no que se refere aos fatos geradores do período compreendido entre os meses de abril/2012 a dez/2013.

O produto objeto da autuação foi considerado pela empresa autuada fabricante, com a inserção NCM/SH na posição 9403.50.00, que de acordo com a tabela de incidência do IPI federal (TIPI), compreende móveis de madeira, do tipo utilizado em quartos de dormir. Para a empresa autuada o referido produto se submete à tributação normal, estando inserido no mesmo rol dos móveis de madeira utilizados nos dormitórios de residências e hotéis, que necessitam da utilização de um colchão para que possam servir para repouso ou descanso.

Pontuou a autuada, na peça defensiva, que a “Cama Americana” constitui um produto de estrutura simples de madeira com pés e revestida de tecido. No tampo superior, não tem espuma. Possui mero revestimento TNT, conforme laudo técnico anexo (doc. fls. 39 a 42). É um produto destinado apenas como base de colchão, não devendo ser utilizado para repouso, enquadrando-se perfeitamente nos requisitos previstos na NBR 16045:2012, norma prevista na ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) para caracterização de camas de uso doméstico. O aludido produto estaria inserido, portanto, na NCM 9403.50.00, estando excluído, em decorrência, das regras pertinentes à substituição tributária pela ausência de previsão legal ou tipificação do produto da norma de incidência.

Discorreu a autuada, a partir dos documentos e pareceres colacionados na peça defensiva, que a “Cama Americana” ou “Cama Blanche” não pode ser confundida com Sômiê/Box Spring e Cama Box, pois, embora ambos tenham em comum a característica de servir de suporte para colchão, estes últimos também podem substituir o colchão, enquadrando-se, portanto, na posição NCM 9404, destinada aos “suportes para cama (sômiês); colchões, edredons, almofadas, pufes”, cujo tratamento se sujeita à substituição tributária do ICMS (item 15 do Anexo I, do RICMS/12 e art. 353, inc. II, item 41 - *suportes elásticos para cama - NCM-SH 9404.10.00; colchões, inclusive box, NCM-SH 9404.2; travesseiros e pillow, NCM-SH 9404.90.00 (Protocolo ICMS 190/09).*

Ressaltou ainda a defesa, que embora o Sômiê e Box possuam semelhanças com a “Cama Americana”, a verdade material é que esta última não possui os requisitos necessários ao enquadramento dos denominados produtos de colchoaria, até porque não atende as especificações previstas na NBR 135791:2011, norma da ABNT para caracterização de colchões.

Foi apresentado também relatório fotográfico à fl. 28 do PAF, para demonstrar que a “Cama Americana” possui os mesmos requisitos da típica cama de madeira e que o simples revestimento em tecido para dar acabamento ao produto não tem o condão de modificar a natureza do mesmo cujas orientações de uso e garantias taxativamente proíbem sua utilização sem o colchão.

A defesa afirmou ainda que a “Cama Americana” é uma cama de madeira tradicional, com acabamento de tecido, tipicamente classificada na NCM 9403.50.00, sendo uma base imprestável para o repouso, sobre a qual é indispensável a utilização de colchão, vendido de forma independente e separado, enquanto a Cama Box e o Sômiê, em sua base, possuem espuma com espessura suficiente para possibilitar o repouso. Que a posição 9404 da NCM/SH descreve “suportes elásticos para camas (sômiês); colchões, edredons, almofadas, pufes, travesseiros e artigos semelhantes, equipados com molas ou guarnecidos interiormente de quaisquer matérias, compreendendo artigos de borracha ou de plásticos, alveolares, mesmo recobertos”.

Ressaltou também que o ANEXO I do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia tipificava, à época dos fatos, no item 15, que eram passíveis de substituição os produtos de COLCHOARIA, correspondentes aos itens 15.1, 15.2, 15.3 e 15.4, que são descritos como subitens daquele gênero. Desta forma seria imprescindível a condição COLCHOARIA para que o produto fosse enquadrado na substituição tributária pretendida pelo Estado. Caso contrário qualquer suporte de colchão estaria incluído naquele regramento tais como cama de madeira, camas tubulares, berços entre outros. Frisou que um produto para que seja considerado de colchoaria é necessário o emprego de espuma ou molas que permitam conforto.

Trouxe a exame dessa instância de julgamento o Laudo Técnico da ABEPE inserido às fls. 39 a 42, com o destaque do seguinte trecho, no tocante à comparação entre a cama americana e a cama box ou box: *“embora parecidos a olho nu, são completamente diferentes à medida em que o box orthotel possui tecido e espuma como revestimento da base e a Cama americana Blanche somente revestimento de TNT 120 gramas, ou seja se assemelha às tradicionais camas de madeira e metal. É fato, pois, que os produtos Box Orthotel (Box ou colchão Box) e Cama Americana Blanche (cama Americana) não podem ser substituídos um pelo outro, uma vez que esta necessita de um bem complementar, assim como as camas de madeira ou de metal, pois não há possibilidade de dormir sobre elas sem o uso de um colchão, enquanto aquela pode ser usada para repouso temporário.”*

Destacou ainda que o posicionamento da ABEPE encontra respaldo na Portaria nº 408 de 03.09.2003 do MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA publicada no DOU que, ao estabelecer o Processo Produtivo Básico para “Cama Americana”, a identifica sob a NCM 9403.50.00 – Móveis de madeira para quarto de dormir.

Trouxe ainda para exame, a solução de consulta da Receita Federal - COANA nº 226 de 18 de junho de 2015 (doc. fl. 46), onde o referido órgão identificou *“Cama de madeira, com estrado de madeira e laterais revestidas de papelão recobertas por TECIDO ou PLÁSTICO, do tipo utilizado em quarto de dormir”*, está inserida na NCM 94035000, ou seja: Móveis de madeira para quarto de dormir.

Entende a defesa que independentemente da nomenclatura comercial atribuída à mercadoria, produtos com as características acima descritas não fazem parte do rol de produtos que integram o gênero COLCHOARIA. Já o Estado da Bahia ao aplicar as regras pertinentes à substituição tributária ao produto “Cama Americana”, deveria necessariamente seguir a classificação fiscal adotada pela Receita Federal do Brasil, no texto legal de incidência do IPI, que se vale da classificação contida na NCM para definir o regime tributário aplicável a todas as mercadorias.

O autuante, por sua vez, se valeu tão somente do Parecer DITRI nº 14355320153, de 18/09/2015, que após fazer considerações em torno das diferenças entre colchões box, cama tipo box e suporte elástico para cama, para fins de aplicação do regime de substituição tributária, afirmou que *“suporte elástico para cama, sômiês e suas designações populares, a exemplo de colchão box, cama box e cama americana são apenas variações do mesmo produto, que têm a mesma finalidade, qual seja, dar lastro (suporte) ao colchão; trata-se de produtos abrangidos pela NCM 9404.10.00 suporte para camas (sômiês), e, assim, sujeitos à substituição tributária, inclusive no período de vigência do Protocolo ICMS 11/99”*.



Contrapondo as razões da defesa e os fundamentos que serviram de base para respaldar a exigência fiscal não vislumbro possibilidade de a autuação ser mantida considerando que o produto comercializado pela autuada foi classificado pela Receita Federal do Brasil na posição NCM/SH 9403.50.00, com incidência do IPI alíquota de 5%, conforme tabela da TIPI (Tabela de Incidência do IPI).

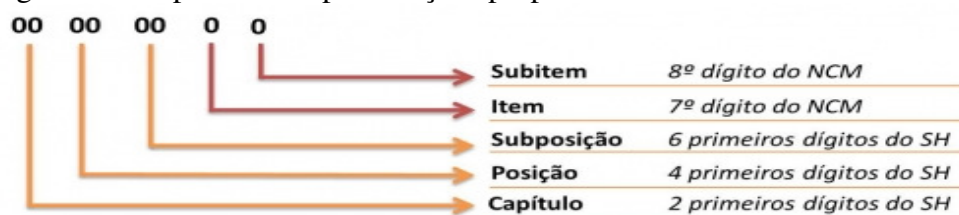
Importante consignar que NCM significa "Nomenclatura Comum do Mercosul" e trata-se de um código de oito dígitos estabelecido pelo Governo Brasileiro para identificar a natureza das mercadorias e promover o desenvolvimento do comércio internacional, além de facilitar a coleta e análise das estatísticas do comércio exterior.

Qualquer mercadoria, importada ou comprada no Brasil, deve ter um código NCM na sua documentação legal (nota fiscal, livros legais, etc.), cujo objetivo é classificar os itens de acordo com regulamentos do Mercosul.

A NCM foi adotada em janeiro de 1995, pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, e tem como base o SH (Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias). Por esse motivo existe a sigla NCM/SH.

O SH é um método internacional de classificação de mercadorias que contém uma estrutura de códigos com a descrição de características específicas dos produtos, como por exemplo, origem do produto, materiais que o compõe e sua aplicação.

Dos oito dígitos que compõem a NCM, os seis primeiros são classificações do SH. Os dois últimos dígitos fazem parte das especificações próprias do Mercosul.



Uma pesquisa pelo código NCM 0102.10.10, por exemplo, permite determinar que se trata de:

01 - Animais Vivos

0102 - Animais Vivos da Espécie Bovina

010210 - Reprodutores de Raça Pura

01021010 - Prenhes ou com cria ao pé.

A classificação fiscal de mercadorias é de competência da SRF (Secretaria da Receita Federal), pois é reservado privativamente à União legislar sobre comércio internacional e interestadual (art. 22, inc. VIII, da Constituição Federal de 1988).

Observo ainda que a partir do dia 1º de Janeiro de 2010 passou a ser obrigatória a inclusão da categorização NCM/SH dos produtos nos documentos fiscais emitidos no Brasil.

Sendo a classificação dos produtos na NCM uma competência da União, através da SRF (Secretaria da Receita Federal), cabe aos Estados e Municípios, se valer dessa classificação, para inserir determinados produtos nos regimes da antecipação, isenção etc, seguir a normativa estabelecida pelo Fisco Federal, não podendo as unidades federadas conflitar com a classificação adotada pela entidade federal competente, ainda que por meio de pareceres do órgão de consultoria da SEFAZ-BA.

Corroborar ST esse entendimento o pronunciamento técnico da Receita Federal juntado à fl. 46 dos autos, materializado na Consulta de nº 226, de 18 de junho de 2015, com a seguinte Ementa: Código NCM/SH 9403.50.00. Mercadoria: ***Cama de madeira, com estrado de madeira e laterais revestidas de papelão, recoberta por tecido ou plástico, do tipo utilizada em quartos de dormir, comercialmente denominada 'base para cama box'.***

Essa foi a codificação NCM/SH utilizada pela empresa autuada, na emissão das notas fiscais de venda da "Cama Americana" (Cama Blanche), seguindo a normativa da Receita Federal, tendo como consequência, a incidência do IPI à alíquota de 5% e o lançamento do ICMS pelo regime de

tributação normal, conforme pode ser verificado e comprovado na amostra de notas fiscais juntadas às fls. 99 a 100 do PAF.

Observo ainda que na assentada de julgamento os prepostos da empresa apresentaram duas amostras para fins de comparação entre o “conjunto box”, produto de colchoaria, submetido ao regime da ST e a “Cama Americana”, produto não submetido à antecipação do imposto e que se presta tão somente a servir de suporte para uso destinado a repouso após a colocação, pelo consumidor, de um colchão. A “Cama Americana”, portanto, possui as mesmas características da de madeira comum, da posição NCM/SH 9403.50.00, codificação essa que não está inserida no Anexo I do RICMS, que lista os produtos enquadrados no regime da antecipação/substituição tributária.

Por outro lado os produtos de “colchoaria” abarcam itens que estão inseridos no Anexo I do RICMS, na posição 15 e seus desdobramentos (15.1 – colchões, inclusive box – NCM 9404.2; 15.2 – suportes elásticos para cama – NCM 9404.1; 15.3 – travesseiros e pillow – NCM 9404.9; 15.4 – protetores de colchões – NCM 9404.9. A expressão colchoaria está relacionada ao estabelecimento onde se fabricam e/ou vendem colchões, travesseiros e similares (a exemplo dos somiês – estrado provido de molas e recoberto de tecido sobre o qual se assenta o colchão ou o sofá sem braços e sem encosto).

Frente ao acima exposto entendo assistir razão ao autuado, visto que as camas de madeira, nas suas diversas formas de apresentação, que não sejam revestidas de espumas ou molas, não se enquadram como produtos de colchoaria. Logo, não se encontram inseridas no regime da substituição tributária no período objeto da autuação. Concluo que o item 3 do lançamento, no mérito, é totalmente IMPROCEDENTE.

Na infração 04, a defesa sustenta exação não pode prosperar, já que a autoridade autuante utilizou em seus cálculos a MVA (Margem de Valor Agregado) de 143,06% para o produto “Box” ou “Conjunto Box”, ao arrepio das regras vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores.

Afirmou a defendente que a MVA correta para o caso em concreto é de 76,87%. Pontuou que o ANEXO 1, DO REGULAMENTO DO ICMS 2012 – Com redação vigente de 01/04/12 a 31/12/12, ao definir as mercadorias sujeitas à substituição ou antecipação tributária, no seu item 15.1 estabelecia a MVA de 76,87% para “colchões, inclusive Box”, conforme tabela reproduzida abaixo:

15	Colchoaria				
15.1	Colchões, inclusive box – 9404.2	Prot. ICMS 190/09 – AP, BA, ES, GO, MG, MS, MT, PR, RJ, SE, SC e RS Prot. ICMS 26/11 BA e SP	98,18% (Aliq. 7%) 87,52% (Aliq. 12%)	98,18% (Aliq. 7%) 87,52% (Aliq. 12%)	76,87 %
<p><b>Nota:</b> A redação atual da coluna “Acordo Interestadual/Estados Signatários” do subitem 15.1 foi dada pela Alteração nº 6 (Decreto nº 14.209, de 14/11/12, DOE de 15/11/12), efeitos a partir de 15/11/12.</p> <p>Redação anterior dada à coluna “Acordos interestaduais/Estados signatários” pela Alteração nº 1 (Decreto nº 13.870, de 02/04/12, DOE de 03/04/12), efeitos de 01/04/12 a 14/11/12, redação originária não produziu efeitos: “Prot. ICMS 190/09 – AP, BA, GO, MG, MS, MT, PR, RJ, SE, SC e RS” “Prot. ICMS 26/11 BA e SP”.</p>					
15.2	Suportes elásticos para cama – 9404.1	Prot. ICMS 190/09 – AP, BA, ES, GO, MG, MS, MT, PR, RJ, SE, SC e RS Prot. ICMS 26/11 BA e SP	172,34% (Aliq. 7%) 157,70% (Aliq. 12%)	172,34% (Aliq. 7%) 157,70% (Aliq. 12%)	143,06 %
<p><b>Nota:</b> A redação atual da coluna “Acordo Interestadual/Estados Signatários” do subitem 15.2 foi dada pela Alteração nº 6 (Decreto nº 14.209, de 14/11/12, DOE de 15/11/12), efeitos a partir de 15/11/12.</p> <p>Redação anterior dada à coluna “Acordos interestaduais/Estados signatários” pela Alteração nº 1 (Decreto nº 13.870, de 02/04/12, DOE de 03/04/12), efeitos de 01/04/12 a 14/11/12, redação originária não produziu efeitos: “Prot. ICMS 190/09 – AP, BA, GO, MG, MS, MT, PR, RJ, SE, SC e RS” “Prot. ICMS 26/11 BA e SP”.</p>					

Com a edição do Decreto 14.898, de 27/12/2013, que promoveu a 20ª alteração ao Regulamento, houve modificação da redação para “colchões 9404.2 e colchões, inclusive box 9404.2”, conforme texto abaixo transcrito que teve vigência para o período de 01/01/2014 a 28/02/2014, mantida a MVA de 76,87%, conforme transcrição da tabela que segue abaixo:

15	Colchoaria				
15.1	Colchões – 9404.2	Prot. ICMS 190/09 – AP, BA, ES, GO, MG, MS, MT, PR, RJ, SE, SC e RS	104,57% (Aliq. 4%) 98,18% (Aliq. 7%) 87,52% (Aliq. 12%)	104,57% (Aliq. 4%) 98,18% (Aliq. 7%) 87,52% (Aliq. 12%)	76,87%
	Colchões, inclusive Box – 9404.2	Prot. ICMS 26/11 BA e SP			
15.2	Suportes para cama (somiês), inclusive “box” – 9404.1	Prot. ICMS 190/09 – AP, BA, ES, GO, MG, MS, MT, PR, RJ, SE, SC e RS	181,13% (Aliq. 4%) 172,34% (Aliq. 7%) 157,70% (Aliq. 12%)	181,13% (Aliq. 4%) 172,34% (Aliq. 7%) 157,70% (Aliq. 12%)	143,06%
	Suportes elásticos para cama – 9404.1	Prot. ICMS 26/11 BA e SP			
15.3	Travesseiros e pillow – 9404.9	Prot. ICMS 190/09 – AP, BA, ES, GO, MG, MS, MT, PR, RJ, SE, SC e RS	112,29% (Aliq. 4%) 105,65% (Aliq. 7%) 94,60% (Aliq. 12%)	112,29% (Aliq. 4%) 105,65% (Aliq. 7%) 94,60% (Aliq. 12%)	83,54%
		Prot. ICMS 26/11			

Esta redação acima foi posteriormente alterada pelo Decreto nº 14.946, de 30/01/2014 (que promoveu a alteração 21 ao Regulamento) com efeitos a partir de 01/03/2014, trazendo a redação deste item para “Colchões 9404.2” transferindo o enquadramento de “box” para o item 15.2, agora sim enquadrando na MVA de 143,06%.

15	Colchoaria				
15.1	Colchões – 9404.2	Prot. ICMS 190/09 – AP, BA, ES, GO, MG, MS, MT, PB, PR, RJ, SE, SC e RS	104,57% (Aliq. 4%) 98,18% (Aliq. 7%) 87,52% (Aliq. 12%)	104,57% (Aliq. 4%) 98,18% (Aliq. 7%) 87,52% (Aliq. 12%)	76,87 %
		Prot. ICMS 26/11 BA e SP			

**Nota:** A redação atual da coluna “Mercadoria-NCM” do subitem 15.1, foi dada pela Alteração nº 21 (Decreto nº 14.946, de 30/01/14, DOE de 31/01/14), efeitos a partir de 01/03/14.

Redação anterior da coluna “Acordo Interestadual/ Estados signatários” do subitem 15.1 foi dada pela Alteração nº 20 (Decreto nº 14.898, de 27/12/13, DOE de 28 e 29/12/13), para inserir referência ao Prot. ICMS 26/11 e os estados signatários – BA e SP, em relação às mercadorias “Colchões, inclusive Box”, efeitos a partir de 01/01/14.

Redação anterior dada à coluna “Mercadoria-NCM” do subitem 15.1 foi dada pela Alteração nº 20 (Decreto nº 14.898, de 27/12/13, DOE de 28 e 29/12/13), efeitos de 01/01/14 a 28/02/14:

“ Mercadoria NCM

Colchões – 9404.2

(Prot. ICMS 190/09)

Colchões, inclusive Box – 9404.2

(Prot. ICMS 26/11) ”

A redação da coluna “Acordo Interestadual/Estados signatários” (Prot. ICMS 190/09) do item 15.1 foi dada por força do § 16 do art. 289 do RICMS. combinado com o Prot. ICMS nº 157/13, que inseriu a PB às disposições do Prot. ICMS nº 190/09, efeitos a

15.2	Suportes para cama (somiês), inclusive “box” – 9404.1	Prot. ICMS 190/09 – AP, BA, ES, GO, MG, MS, MT, PB, PR, RJ, SE, SC e RS	181,13% (Aliq. 4%) 172,34% (Aliq. 7%) 157,70% (Aliq. 12%)	181,13% (Aliq. 4%) 172,34% (Aliq. 7%) 157,70% (Aliq. 12%)	143,06%
		Prot. ICMS 26/11 BA e SP			

**Nota:** A redação atual da coluna “Mercadoria-NCM” do subitem 15.2, foi dada pela Alteração nº 21 (Decreto nº 14.946, de 30/01/14, DOE de 31/01/14), efeitos a partir de 01/03/14.

Diante do que foi demonstrado, o cálculo referente à data de ocorrência de 31.12. 2013 está incorreto, visto que os produtos com a denominação “Conjunto Box” ou “Box”, só foram, incluídos na MVA de 143,06% a partir de 01/03/14, fato que retira da exigência fiscal parte significativa da cobrança lançada na Infração 04, no total de R\$ 95.299,95. O contribuinte procedeu ao recolhimento correto com a aplicação da MVA de 76,87%.

Em relação às demais ocorrências, verificadas, nos meses abr, mai, jun, jul, ago e set do exercício de 2012, não houve por parte da defesa impugnação específica e os demonstrativos reproduzidos no CD anexo ao Auto de Infração revelam que a exigência fiscal desses meses

recaiu sobre recolhimentos efetuados a menor de ICMS (diferença entre o que retido e recolhido pelo contribuinte). O item 04 do lançamento, portanto, fica mantido em parte, no importe de R\$ 2.191,46, com a exclusão tão somente da ocorrência verificada em 31/12/2013.

### **VOTO DIVERGENTE (NULIDADE DA INFRAÇÃO 03)**

Peço vênua ao ilustre relator para apresentar um entendimento divergente do ora externado em seu voto, no que tange à infração 03.

Verifico que toda a construção, do bem elaborado raciocínio do relator, se assenta na afirmação do sujeito passivo de que os inúmeros itens relacionados pelo autuante, alvo da presente exigência tributária, com diversas denominações, todos se classificam como *cama americana* e sendo *cama americana*, apesar do bem elaborado parecer da DITRI, não se inclui na citada NCM prevista no anexo 01 do RICMS.

Entendo que não há elementos nos autos que assegurem, exceto a afirmação do autuado, de que todas as mercadorias, com tão diferentes denominações, constantes da tabela consignada no CD, à fl. 12, na planilha *DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS ST NÃO RETIDO*, a exemplo de: POKET PRO; CAMA BLANCHE 150; CAMA SOFÁ CHARMÍ; GOLDEN DRE; CAMA MASTER POC; CAMA ABSOLUT SPR; D26 500X190X0950; D18B CAMA AMARELO SELA; CAMA BAÚ ORTOBOM; CAMA LANCHE 088; CONJ CAMA FASHO, entre outras, têm as mesmas características das *camas americanas* e podem ser consideradas como tal, ou seja, todas com as características que sustenta a defesa para afastar o enquadramento constante do anexo 1 do RICMS, portanto, na inclusão do regime de substituição tributária.

A dúvida que não pude elidir reside nessa questão, pois, não identifiquei nos autos os elementos que me assegurem que tão diversos produtos, com denominações tão distintas, todos são efetivamente um único produto, ou seja, *camas americanas*, com as características que o autuado alega ter em relação às quais o relator ampara seu voto, como premissa absolutamente verdadeira. Não há dúvidas das características sustentadas sobre as Camas americanas, contudo, dúvidas existem se todos os itens da autuação possuem estas características e podem ser assim classificados.

É importante atentar para o fato de que ao considerar a improcedência da infração 3, sob a arguição de que todos estes itens, acima alinhados, possuem as mesmas características e são *camas americanas*, não enquadradas na substituição tributária, estaremos afastando desse regime todos esses produtos, por entender que todos possuem as mesmas características das *camas americanas* e não se enquadram na substituição tributária. Assim, estamos a dizer que não deveria ter sido feito e não deve se fazer, doravante, substituição tributária em relação a todas as denominações constantes da exigência fiscal, acima exemplificadas, pois são Camas americanas.

O efeito e a repercussão de tão abrangente e indiscriminada decisão carece sem imprecisão, de maior certeza.

O nosso voto discordante se ampara no fato de que não constam elementos nos autos para se ultrapassar essa razoável dúvida, visível e clara, ao examinar tão diversas denominações constantes das planilhas elaboradas pelo autuante, como CAMA BAÚ ORTOBOM e CAMA SOFÁ CHARMÍ. Aliás, não parece razoável que se fabrique uma cama sofá, sem ao menos algum acolchoamento que permita a acomodação de uma pessoa para dormir, pois só assim se caracterizaria como cama e sofá, ou seja, própria para sentar e dormir, visto que a inexistência de tal acolchoamento compõe as características de uma *cama americana*.

Não parece razoável também que a cama sofá seja uma cama de madeira, com estrado de madeira e laterais revestidas de papelão, recoberta por tecido ou plástico, do tipo utilizada em quartos de dormir, comercialmente denominada 'base para cama box', conforme NCM/SH 9403.50.00, utilizada pelo sujeito passivo.

Assim, entendo que, para formar minha convicção, seria necessária uma diligência para me certificar dessa premissa que fundamenta todo o raciocínio do relator e do sujeito passivo para

excluir os aludidos produtos da substituição tributária, ou seja, se todas as mercadorias, alvo da presente exigência tributária, têm as mesmas características que possam se ajustar ao conceito, trazido pelo autuado e sustentado na presente decisão, de “Cama americana”.

Constatada que a votação resultou em não acolher a solicitação de diligência, tornando nosso entendimento não prevalente, resta optar pela nulidade da exigência fiscal, na medida em que não considero haver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração 03, conforme art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269096.0027/15-1**, lavrado contra **INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.191,46**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor principal de **R\$ 131.763,61**, previstas nos incisos IX e XI do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios previstos na Lei 9.837/05.

Os valores já recolhidos pelo sujeito passivo, em relação às infrações 1 e 2, com os benefícios e reduções da Lei nº 13.449/2015 (Concilia Bahia), deverão ser homologados pela repartição fazendária de origem do processo.

Esta Junta recorre da presente Decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inc. I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, com a alteração promovida pelo Dec. nº 13.537/11.

Sala de sessões do CONSEF, 14 de junho de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE – VOTO DIVERGENTE  
(quanto à infração 03)

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR