

PROCESSO - A. I. Nº 269096.0025/15-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - EUROSONO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0036-01/16
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 24/05/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0139-12/17

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. “Cama acoplada com cama auxiliar” se classifica como suporte elástico para cama, somiês e suas designações populares, a exemplo de colchão box, cama box, e cama americana, logo, são apenas variações do mesmo produto, abrangido pela NCM 9404.10.00, portanto, sujeitos à substituição tributária, sendo determinante para a distinção entre cama, suporte ou box é que a primeira contém unicamente “estrutura de madeira” e nos demais se observa ausência de laterais com partes de madeira, metal ou outros materiais, restringindo-se ao leito acolchoado para pronto uso. Alterada a Decisão para restabelecer o débito da infração 2. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, item 1, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 1ª JJF, através do Acórdão nº 0036-01/16, por ter desonerado o sujeito passivo do total do débito lhe imputado na segunda infração, no valor de R\$435.828,88, sob a acusação de “*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*”, nos meses de março e agosto de 2011; janeiro e novembro de 2012; janeiro e junho a dezembro de 2013.

A Decisão de piso, não unânime, considerou procedente em parte, no valor de R\$202.335,04, o Auto de Infração, lavrado para exigir o débito no total de R\$638.163,92, em razão de quatorze irregularidades, todas, com exceção da segunda infração, objeto de reconhecimento pelo sujeito passivo, diante das seguintes considerações:

VOTO VENCEDOR (Item 2)

No item 2º deste Auto, o contribuinte é acusado de ter deixado de proceder à retenção de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas de uma mercadoria denominada “cama acoplada com cama auxiliar”.

A descrição do fato está incompleta, pois não diz por que o autuado deveria ter feito a retenção do imposto. Deduzo que seria pelo fato de se tratar de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Tal informação deveria constar na acusação, para o contribuinte poder defender-se de forma adequada.

A norma na qual se baseia a autuação enquadra na substituição tributária as seguintes mercadorias:

- a) suportes para cama (somiês), inclusive “box” – NCM 9004.10.00;
- b) colchões – NCM 9404.2;
- c) travesseiros, “pillow” e protetores de colchões – NCM 9404.90.00.

Minha atenção concentra-se nas letras “a” e “b”. Nota que na descrição da letra “a” não consta “cama”. Tem “suportes para cama”, mas não tem cama. E na letra “b” constam apenas “colchões”.

A autoridade autuante considera que a mercadoria objeto da autuação – cama acoplada com cama auxiliar – não é uma cama, e sim um colchão, NCM 9404.02.

Por sua vez, o contribuinte afirma que a cama acoplada com cama auxiliar é uma cama, e o código na NCM é 9403.50.00 – móveis de madeira, do tipo utilizado em quartos de dormir.

A questão é esta: se a referida cama acoplada com cama auxiliar for um colchão, estará sujeita a substituição tributária; se for uma cama, não estará sujeita a substituição tributária.

As designações dessas mercadorias são constituídas de palavras que terminam não correspondendo à real natureza do objeto. Por exemplo, a expressão “suporte para cama”. A partir do vocábulo “suporte”, que, literalmente, é algo que sustenta, que suporta, que dá apoio, que serve de sustentáculo a alguma coisa, poder-se-ia dizer que “suporte para cama” seria algo que sustentasse ou desse apoio a uma cama. Porém essa seria uma interpretação literal, que não ajuda neste caso, pois os termos em apreço são decorrentes dos usos do comércio.

Depois da expressão “suportes para cama”, o legislador pôs entre parênteses a palavra “somiês”. Ao pôr esta palavra entre parênteses, o legislador quis explicar que suporte para cama é o mesmo que “somiê”, palavra esta aportuguesada do francês “sommier”. Em princípio, “somiê” é um móvel de sala de estar, uma espécie de sofá sem encosto e sem braços. Designa também o tipo de sofá usado nos consultórios de psicanalistas (analistas) e psiquiatras.

As indústrias e o comércio costumam empregar termos estrangeiros para designar suas mercadorias, porque palavras em inglês e francês soam como coisas chiques aos olhos e aos ouvidos de consumidores deslumbrados. E aí surgem esses termos ambíguos, tipo “box”, “somiê”. A depender do fabricante ou do catálogo da loja de varejo, um “somiê” é um sofá sem braços e sem encosto, mas pode designar também a parte inferior das chamadas camas “box”, “queen” e “king size”, e pode ainda ser o conjunto completo caracterizado pelo “box” e pelo colchão.

Um dos requisitos básicos da norma tributária é de que ela seja precisa, direta, taxativa, em atenção ao princípio da tipicidade cerrada. A lei deve ser clara, precisa, para que o destinatário possa cumpri-la sem com segurança, de modo que só não a compra se assim decidir, mas não por não compreender o seu sentido e alcance. Quando a norma não é clara, duas coisas podem ocorrer: o contribuinte não paga o que é devido porque não entende a norma; ou então ele paga o que não é devido com receio de ser punido. As duas coisas são indesejáveis. A tipicidade cerrada exige que o fato deve corresponder perfeitamente ao tipo descrito na norma. Se o objeto considerado, embora corresponda ao tipo, tiver algo a mais ou algo a menos em relação àquele que foi descrito pela norma, deixa de se enquadrar na categoria descrita pela norma. A lei que descreve fatos tributários não admite interpretação extensiva ou por analogia. O princípio da tipicidade cerrada é corolário dos princípios da estrita legalidade e da segurança jurídica.

No presente caso, é difícil compreender que uma “cama acoplada com cama auxiliar” não seja uma cama. Como é que uma cama não é uma cama?

O contribuinte adota em suas operações o código 9403.50.00 da NCM – móveis de madeira, do tipo utilizado em quartos de dormir.

Este código integra o capítulo 94 da NCM, que cuida dos móveis, colchões, almofadas e semelhantes, dentre outros artefatos não compreendidos em posições anteriores, sendo que:

- a) a posição 9401 comprehende assentos transformáveis em camas;
- b) a posição 9402 diz respeito a mobiliário para medicina, cirurgia, odontologia ou veterinária;
- c) a posição 9403 cuida de outros móveis e suas partes, comprehendendo:

- os móveis de madeira, do tipo utilizado em escritórios (NCM 9403.30);
- os móveis de madeira, do tipo utilizado em cozinhas (NCM 9403.40);
- os móveis de madeira, do tipo utilizado em quartos de dormir (NCM 9403.50.00);
- outros móveis de madeira (NCM 9403.60.00);
- móveis de plástico (NCM 9403.70.00);
- móveis de outras matérias, inclusive cana, vime, bambu ou matérias semelhantes (NCM 9403.80.00);
- partes (NCM 9403.90.00).

Como o contribuinte diz (e o fiscal não contesta) que as camas acopladas que ele comercializa consistem numa estrutura de madeira e pinos, com uma lâmina de espuma e revestimento para sobre ela ser posto o colchão, cumpre analisar se esse tipo de móvel se enquadra na posição da NCM que ele adota: NCM 9403.50.00 – móveis de madeira, do tipo utilizado em quartos de dormir.

Um móvel de madeira não é feito só de madeira, a madeira é apenas a matéria-prima preponderante, sendo natural que em sua fabricação entrem materiais secundários tais como pregos, parafusos, colas, vernizes, tintas, etc. Analisando as várias subposições da posição 9403, considero que o enquadramento está correto, pois as outras subposições dizem respeito a outros artefatos destinados a escritórios ou cozinhas, ou confeccionados com outras matérias que não a madeira. Porém, mesmo que a cama seja feita de outra matéria que não madeira, por exemplo, ferro ou plástico, nada mudaria, continuaria sendo cama, mudando apenas a subposição dentro da mesma posição.

A fiscalização considera que as referidas camas acopladas deveriam ser classificadas na posição 9404.2. Ocorre que essa posição é reservada a colchões. Colchão não é cama. Colchão é colchão. Cama é cama.

O contribuinte requereu a realização de prova pericial na mercadoria cama acoplada com cama auxiliar, a fim

de que se esclarecesse se a mercadoria em discussão é colchão ou cama. Justificou o pedido de perícia por considerá-la essencial, uma vez que o autuante discordou da classificação fiscal adotada pela empresa.

Considero desnecessária a prova pericial, tendo em vista a Consulta feita à Receita Federal e o laudo do SENAI juntado aos autos.

Nesse sentido, como não tenho obrigação de ser especialista em camas e colchões, devo recorrer, para decidir, a quem deve saber dessas coisas. Vejo que houve uma Consulta à COANA: Consulta nº 226/15. A COANA – Coordenação-Geral de Administração Aduaneira – é o órgão da Secretaria da Receita Federal competente para responder a Consultas sobre a interpretação da legislação acerca da classificação de mercadorias na NCM. Os processos administrativos de Consultas sobre classificação de mercadorias são disciplinados pela Instrução Normativa RFB nº 740/07. O autuado transcreveu a resposta da COANA e juntou cópia do seu inteiro teor. A resposta é esta:

“EMENTA: Código NCM: 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’”.

Nessa descrição encaixa-se a descrição feita pela defesa, e a autoridade fiscal não contestou, a autoridade fiscal apenas considera que se trata de colchão, e não de cama.

Além da resposta da Consulta nº 226/15 proferida pela COANA, o autuado juntou Parecer do SENAI, para demonstrar que a mercadoria em questão se enquadra no código NCM 9403.50.00.

Não tenho conhecimentos nessa área, e por isso devo me louvar nos pareceres de quem, por direito ou por ofício, detém tais conhecimentos. Com base nesses elementos, e tomando por norte os princípios da tipicidade cerrada e da segurança jurídica, concluo que as camas acopladas com camas auxiliares objeto do item 2º deste Auto não são sujeitas à substituição tributária. Não se interpretam normas jurídicas com base em analogia, para estender ou restringir o seu sentido e alcance.

Quanto aos demais itens, acompanho o voto do nobre Relator.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do item 2º deste Auto de Infração.

Por fim, a JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

À fl. 166 dos autos, o sujeito passivo apresenta manifestação salientando que, embora tenha sido intimado do julgamento da parcial procedência, todas as infrações tidas como procedentes restam parceladas no Concilia Bahia e, no que tange à infração 2, ante a vitória em sede de impugnação, pugna para que sejam os valores do débito devidamente zerados, face a ciência do contribuinte, do que requer a manutenção da decisão de primeira instância, quando do julgamento do Recurso de Ofício.

Na assentada de julgamento de 12/12/2016 a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu, de forma não unânime, converter o presente processo em diligência para que a PGE/PROFIS se manifestasse sobre as argumentações defensivas, especialmente quanto:

- a. De quem é a competência para classificar um produto industrializado em seu respectivo NCM, se a Receita Federal do Brasil (COANA) ou a SEFAZ/BA?
- b. Qual o efeito que a Solução de Consulta n. 226/15 proferida pela COANA tem no presente lançamento?
- c. Se a PGE/PROFIS entender que é a COANA o órgão responsável pela Solução de Consulta para correto enquadramento de um produto no seu NCM, poderia a PGE/PROFIS formular consulta para o respectivo órgão a fim de identificar a classificação do produto objeto da presente autuação?
- d. Em não havendo Solução de Consulta específica para o produto objeto do presente lançamento, o Parecer de Orientação Tributária da DITRI (Processo 4355320153) serve de base para o enquadramento do produto em sua respectiva NCM, ainda que não seja o órgão competente para tal finalidade?

Em atendimento ao solicitado, às fls. 179 a 184 dos autos, a PGE/PROFIS, através de seu Procurador, Dr. José Augusto Martins Junior, após breve digressão do escopo da criação da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), aduziu que o propósito surgiu com o fim de uniformizar métodos para identificação e qualificação dos produtos, buscando monitorar estatisticamente e definir uniformização sobre tratamento das transações no comércio internacional, definindo a tributação destas operações internacionais. Assim, a partir do código

único da NCM é que se identifica o tratamento tributário e administrativo aplicável à mercadoria sob controle aduaneiro, na importação e exportação.

Salienta que a classificação de mercadorias, no país, como de resto toda a aplicação da legislação aduaneira, é da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil, na forma do Decreto nº 7.482/11.

As dúvidas e os conflitos sobre enquadramento de mercadorias na NCM são resolvidos por procedimentos de consultas, respondidas pelo Centro de Classificação Fiscal de Mercadorias (Ceclam), composto por funcionários da Receita Federal do Brasil, entretanto vinculados e subordinados tecnicamente ao Comitê do Sistema Harmonizado da COANA, do que entende respondida a primeira questão.

Entretanto, o cerne do problema classificatório do NCM, em especial a questão objeto do presente lançamento, a PGE/PROFIS aduz que não está na definição da competência para definição da codificação de mercadorias, mas, isto sim, na eleição do código NCM pelo contribuinte em simbiose com a descrição real do bem, pois a classificação NCM, em hipótese alguma, pode restar dissociada da realidade fenomênica, sob pena de subverter a lógica semântica dos signos linguísticos. Neste ponto, a grosso modo, diz que não pode a classificação NCM desconsiderar o sentido das coisas, como, por exemplo, definir que uma laranja é uma uva.

Nesta senda, cediço que para fins de sujeição ao regime da substituição tributária (ST) é necessário que determinado produto acumule duas condições: a primeira é a inclusão nos códigos da NCM previstos na legislação desta sistemática do imposto e a outra, que também integre sua respectiva descrição, ou seja, não basta a classificação na NCM para encartar o produto como albergado ou não no regime ST, faz-se imprescindível que o mesmo seja regido pelo princípio da dupla identidade, ou seja, NCM e descrição do produto, do que cita jurisprudência sobre o tema.

Assim, neste sentido, segundo a PGE/PROFIS, o que se está a discutir no presente feito é a correição do enquadramento da mercadoria realizada pelo contribuinte, não sendo, na sua opinião, relevante para o deslinde do caso a definição de quem tem competência ou não para definição de código NCM, pois, pensar de forma contrária, por lógica, poderia nos conduzir a leitura de que a legislação de cunho federal, firmado por órgão da União, pudesse definir e delimitar competência tributária de unidade da federação, em absoluto descompasso com o art. 109 do CTN.

Assim, a PGE/PROFIS entende que a Solução de Consulta n. 226/15 não afeta em nada o lançamento, tendo em vista que não se está discutindo o NCM, mas, tão-somente, a classificação realizada pelo contribuinte para determinado produto.

Em seguida, a PGE/PROFIS passa a análise do que entende como cama americana ou cama Box, verificando em que classificação a descrição do produto se encaixa, do que se utiliza do disposto no Anexo Único do Protocolo ICMS 99/11, para concluir que os nomes populares dados ao produto, a exemplo de cama Box e cama Americana, são somente variações do mesmo produto, que têm a mesma finalidade, qual seja, dar suporte ao colchão, estando, assim, abrangidos pela NCM 9404.10.00 e, por via de consequência, sujeitos à substituição tributária.

Destaca que alguns fabricantes, a exemplo das notas fiscais juntadas à inicial, estão utilizando a NCM 9403.50.00 para classificar o que denominam como cama, e que na verdade é um colchão simplesmente, ou o conjunto cama Box, conforme pode ser observado nas fotos ilustrativas do site da empresa Ortobom.

Por fim, a PGE/PROFIS concluiu que, em que pese a competência para codificação do NCM pertencer à Receita Federal do Brasil, faz-se necessário observar que a NCM 9403, utilizado pelo contribuinte, relativo a “móveis de madeira, do tipo utilizado em quarto de dormir”, não se aplica ao caso vertente, uma vez existente nomenclatura específica para o produto, qual seja: 9404, “Suportes para cama”.

VOTO

Examinando as peças que integram os autos depreendo que a Decisão recorrida merece ser reformada para que se restabeleça o ICMS-ST de R\$435.828,88, exigido na segunda infração, sob a acusação de que o sujeito passivo, na qualidade de substituto tributário, deixou de proceder à retenção e o consequente recolhimento, relativo às operações internas e subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O voto vencedor salienta que a legislação enquadra na substituição tributária as seguintes mercadorias: suportes para cama (somiês), inclusive “box” – NCM 9004.10.00; colchões – NCM 9404.2 e travesseiros, “pillow” e protetores de colchões – NCM 9404.90.00.

Destaca que a autoridade autuante considera que a mercadoria objeto da autuação – “cama acoplada com cama auxiliar” – não é uma cama, e sim um colchão, NCM 9404.02. Por sua vez, o contribuinte afirma que a “cama acoplada com cama auxiliar” é uma cama, e o código na NCM é 9403.50.00 – móveis de madeira, do tipo utilizado em quartos de dormir.

Em consequência a JJF concluiu que a questão é se a referida “cama acoplada com cama auxiliar” é um colchão (e nesta condição, sujeita a substituição tributária) ou uma cama (e nesta condição, não estará sujeita a substituição tributária).

Assim, com base na Consulta nº 226/15 proferida pela COANA e no Parecer do SENAI, juntados pelo autuado para demonstrar que a mercadoria em questão se enquadra no código NCM 9403.50.00, além dos princípios da tipicidade cerrada e da segurança jurídica, a Decisão recorrida concluiu que as “camas acopladas com camas auxiliares” não são sujeitas à substituição tributária e julgou a exação insubstancial.

Inicialmente, há de esclarecer que, como se verifica dos demonstrativos correspondentes (CD à fl. 20), a exigência relativa à infração 2, no período de março/2011 a janeiro/2013, é composta esporadicamente de travesseiro e predominantemente de diversos tipos de *colchões*, tipo: Euroson, Soft ACC, Imperial, Dubom, Unibox, Eleganci, Gallery; Box Gallery, Radiant, Eurofam, Palazzo, Harmon, Box Palazzo, Sensatio, etc.

Logo, por existir no levantamento fiscal diversos produtos sujeitos à substituição tributária (colchões e travesseiros) não deveria jamais a JJF concluir pela *improcedência* da exigência fiscal, haja vista que, no caso de o produto “camas acopladas com camas auxiliares” (cuja exigência só ocorreu a partir de junho a dezembro de 2013) viesse a se configurar como não sujeito à substituição tributária, por não se enquadrar como “box” – NCM 9004.10.00 ou colchões – NCM 9404.2, mesmo assim remanesceria valor a exigir relativo aos diversos tipos de colchões e travesseiros, os quais se enquadram na substituição tributária.

Quanto à classificação do produto “camas acopladas com camas auxiliares” como “cama”, conforme concluiu o voto vencedor, há de salientar que, segundo entendimento manifestado no Parecer Final nº 21409/2015, emitido pela Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA:

“...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 99/11.”

Portanto, segundo o relator do voto vencido da decisão de piso, o autuante não considerou o produto “Cama Acoplada com Cama Auxiliar” como colchão, conforme aduzido pelo impugnante, mas sim a finalidade do produto, no caso suporte para cama (somiês), *inclusive “box”*, cuja NCM é 94.04.1, conforme item 15.2 do Anexo 1 do RICMS, vigente no exercício de 2013, quando ocorreram as vendas de tal produto.

Assim, comungo do entendimento do autuante de que o produto “Cama Acoplada com Cama Auxiliar” se trata de um conjunto de suporte e do próprio colchão, configurando-se *uma espécie de cama box*, visto que cama, consoante o próprio recorrente descreve à fl. 52 dos autos, trata-se de um “móvel para deitar ou dormir, constituído basicamente de um estrado onde se põe um colchão...”, o que difere do provado pelas fotos anexadas pelo próprio contribuinte às fls. 121 e 123 dos autos e também constantes no seu site.

Registre-se que a alegação do contribuinte, às fls. 53 a 55 dos autos, de que tal produto “Cama

Acoplada com Cama Auxiliar” se trata de “cama” por conter “estrutura de madeira que é somada a lâmina de espuma e revestimento”, não encontra guarida para sustentação do alegado, visto que tanto os “box” como os próprios colchões, em sua maioria, possuem estrutura de madeira interna, o que não os desclassificam como tais, ou seja, como box ou colchões, sendo irrelevantes para sua configuração. Por outro lado, jamais a “cama” possui “lâmina de espuma e revestimento”, como alega o sujeito passivo.

Assim, no caso presente, parece-me determinante para a distinção entre cama ou box é que a primeira contém unicamente “estrutura de madeira”. Já no box, em que pese possuir como componente madeira e/ou metal, contém leito acolchoado para pronto uso. Ademais, no próprio site do recorrente consigna “UNIBOX LONDON” e “BOX UNIVERSAL” para tal estrutura, conforme se pode comprovar a seguir.



Diante destas considerações vislumbro que o contribuinte utiliza-se da NCM 9403.50.00 para classificar colchão ou o conjunto box como se fosse cama, relativo a “móveis de madeira”, razão de anuir à conclusão exarada no voto vencido da decisão de piso de:

[...]

Diante do exposto, acorde com o entendimento esposado pela DITRI, no sentido de que, 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, sendo, dessa forma, produtos abrangidos pela NCM 9404.10.00, portanto, sujeitos à substituição tributária, inclusive no período de vigência do Protocolo ICMS 11/99, este item da autuação é subsistente.

Ademais, corroborando com este entendimento a PGE/PROFIS emitiu Parecer nesse mesmo sentido, conforme textos abaixo transcritos:

[...]

Pois bem, passemos a análise do que se entende como cama americana ou cama Box, verificando em que classificação a descrição do produto se encaixa.

Neste ponto, forçoso trazermos o que dispunha o Protocolo 99/11:

Cláusula segunda O Anexo Único do [Protocolo ICMS 190/09](#), passa a vigorar com a seguinte redação:

"ANEXO ÚNICO

CÓDIGO NCM/SH	DESCRIÇÃO	MVA (%) ORIGINAL
9404.10.00	<i>Suportes elásticos para cama</i>	143,06
9404.2	<i>Colchões, inclusive box</i>	76,87
9404.90.00	<i>Travesseiros, pillow e protetores de colchões</i>	83,54

[...]

Mais informalmente, dicionários classificam o somiês como sendo a parte de baixo (suporte) para colchão ...

[...]

Os nomes populares dados ao produto, a exemplo de cama Box e cama Americana, são somente variações do mesmo produto, que têm a mesma finalidade, qual seja, dar suporte ao colchão, estando, assim, abrangidos pela NCM 9404.10.00 e, por via de consequência, sujeitos à substituição tributária.

É fato que alguns fabricantes, a exemplo das notas fiscais juntadas à inicial, estão utilizando a NCM 9403.50.00 para classificar o que denominam como cama, e que na verdade é um colchão simplesmente, ou o conjunto com o Box, conforme pode ser observado nas fotos ilustrativas do site da empresa nos endereços...

Assim sendo, em que pese a competência para codificação do NCM pertencer à Receita Federal do Brasil, faz-se necessário observar que a NCM 9403, utilizado pelo contribuinte, relativo a “móveis de madeira, do tipo utilizado em quarto de dormir”, não se aplica ao caso vertente, uma vez existente nomenclatura específica para o produto, qual seja: 9404, “Suportes para cama”.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício para modificar a Decisão recorrida e restabelecer o valor exigido na segunda infração.

VOTO DIVERGENTE

Peço a devida vénia para discordar em partes do i. Presidente/Relator quanto ao seu posicionamento em relação à Infração 2, a qual foi restabelecida por esta Câmara, sendo dado provimento integral ao recurso de ofício, em discordância com o voto vencedor do julgamento de piso.

A acusação imposta ao autuado é de que o mesmo na condição de substituto tributário, deixou de proceder à retenção e o consequente recolhimento, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado.

Toda celeuma desse PAF gira em torno da classificação fiscal do produto “cama acoplada com cama auxiliar”, pois o autuante o enquadrou pelo NCM 9004.02 (colchões), este que consta na lista de mercadorias sujeitas à substituição tributária, tendo o sujeito passivo classificado com o NCM 9003.50.00 (móvels de madeira, do tipo utilizado em quartos de dormir), este por sua vez tributado normalmente.

Desta forma a dúvida paira se a mercadoria comercializada pelo autuado trata-se de um colchão ou de uma cama e para melhor ilustrar detalho abaixo a foto do produto retirada do próprio site da empresa:



A meu ver, trata-se de um produto novo no mercado, que deveria ter classificação própria. Todavia, inexistindo a tal classificação fiscal, visando esclarecer de uma vez por toda a celeuma, o autuado realizou uma consulta na COANA – coordenação geral de administração aduaneira, órgão vinculado à Receita Federal do Brasil, responsável em atender as consultas sobre interpretações da legislação no que diz respeito a classificação das mercadorias. A consulta de nº 226/15 anexa a este PAF respondeu “EMENTA: Código NCM: 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’”.

E para complementar o entendimento de que estaria praticando a tributação do ICMS dentro do que rege a legislação do imposto, além da resposta da consulta pela COANA, o autuado também anexou laudo do SENAI com o parecer concluindo que o produto em questão possui característica de “cama acoplada com cama auxiliar”, para demonstrar que a mercadoria da imagem acima se enquadra de fato no código NCM 9403.50.00 que diz:

94.03	<i>Outros móveis e suas partes.</i>
9403.50.00	<i>-Móveis de madeira, do tipo utilizado em quartos de dormir</i>

Entendo que essa descrição se encaixa perfeitamente com a descrição do produto feita pelo sujeito passivo em sua impugnação, bem como em sua sustentação oral, proferida em segunda instância, ainda que sem previsão no Regime Interno.

Ademais, como bem definiu o julgador do voto vencedor da decisão de piso “um móvel de madeira não é feito só de madeira, a madeira é apenas a matéria-prima preponderante, sendo natural que em sua fabricação entrem materiais secundários tais como pregos, parafusos, colas, vernizes, tintas, etc. Analisando as várias subposições da posição 9403, considero que o enquadramento está correto, pois as outras subposições dizem respeito a outros artefatos

destinados a escritórios ou cozinhas, ou confeccionados com outras matérias que não a madeira. Porém, mesmo que a cama seja feita de outra matéria que não madeira, por exemplo, ferro ou plástico, nada mudaria, continuaria sendo cama, mudando apenas a subposição dentro da mesma posição”.

Desta forma, também norteado pelos princípios da tipicidade cerrada e da segurança jurídica, entendo caber razão ao autuado quanto a tributação utilizada para o referido produto.

Ademais, por mais que existisse a dúvida, assim como restou transparecido no caso desta lide, o Art. 112 do CTN reza que a Lei seja interpretada da maneira mais favorável ao acusado, quanto à capitulação legal e quanto a natureza ou às circunstâncias materiais do fato, conforme seus incisos I e II, abaixo reproduzido:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

Por fim, não posso fechar os olhos para o fato do lançamento ter sido realizado também sobre as vendas de travesseiros e colchões (esse de fato colchão), que conforme regra tributária disposta no anexo I do RICMS/BA/12 caberia ao autuado a retenção do ICMS por substituição tributária e o posterior recolhimento ao estado da Bahia, no caso das vendas internas, conforme capitulado na Infração 2.

Por todo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269096.0025/15-9**, lavrado contra **EUROSONO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$597.622,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b”, “e” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$40.541,27**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal supracitado, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores efetuados com o parcelamento.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Denise Mara Andrade Barbosa, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiro: Tiago de Moura Simões, Paulo Sergio Sena Dantas e José Carlos Barros Rodeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de abril de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

TIAGO DE MOURA SIMÕES - VOTO DIVERGENTE

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS