

A. I. Nº - 269096.0019/17-5
AUTUADO - INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA.
AUTUANTE - JAYME GONÇALVES REIS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/06/2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0078-05/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. “Cama americana” se classifica como suporte elástico para cama, somiês e suas designações populares, logo, são apenas variações do mesmo produto, abrangido pela NCM 9404.10.00, portanto, sujeitos à substituição tributária, à época, por se caracterizar como produto de colchoaria. Razões de defesa não elidem a infração. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 13/12/2017, para exigir o montante de R\$ 3.765.263,79, inerente aos exercícios de 2014 e 2015, conforme mídia à fl. 7 dos autos, nos termos a seguir:

INFRAÇÃO 1 -07.02.03 – 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.

A autuada, às fls. 12 a 43 dos autos, apresenta tempestivamente suas razões de defesa, nas quais sustenta ser um despautério a exigência fiscal, pois ainda que existisse lei disciplinando tal conduta, o seu juízo de subsunção é impertinente, uma vez que “suporte para cama” (somiê), em nenhum dos níveis de investigação da linguagem guarda identidade com o significado “cama”, adjetivado a partir do vocábulo “americana”. Assim, por não existir em princípio, palavras inúteis na lei, a indicação certa e precisa da natureza dos produtos autuados é seguramente indispensável para a subsunção do fato à norma e foi exatamente nessa mecânica que obrou mal o Fisco.

Tece considerações sobre o princípio da legalidade da outorga no art. 6º, § 2º, da Lei Complementar nº 87/96 aos Estados, para atribuir ao contribuinte mediante lei, a condição de substituto tributário em relação a mercadorias também em lei determinadas, conforme instituído no art. 8º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, no qual remete às mercadorias constantes no Anexo I da Lei, em cuja lista de produtos jamais se encontrará os signos “suportes para camas (somiês)”, nem tampouco “cama americana”, que em nada se confunde com os primeiros, como quer o Fisco.

Conclui que, em consequência, poderão se submeter ao regime de substituição tributária apenas as mercadorias constantes no Anexo I da Lei nº 7.014/96, sendo facultado ao regulamento, tão somente, deixar de considerar incluída eventual mercadoria ou restringir a aplicação de tal sistemática.

Assim, a autuada salienta a ilegalidade que vicia o Auto de Infração e passa a reiterar a não sujeição dos produtos autuados ao regime de substituição tributária, decorrente da não equivalência semântica entre “cama americana” e “suporte para cama”, do que destaca que em descompasso com o quanto disposto na Lei nº 7.014/96, o Decreto Estadual nº 13.780/2012 (Regulamento do ICMS), em seu art. 289, dispõe que ficam sujeitas ao regime de substituição tributária as mercadorias constantes em seu próprio Anexo 1, desconsiderando o dispositivo legal.

Destaca que, em desarmonia com a lei, ainda que se quisesse aplicar aos artigos de colchoaria, a sistemática da substituição tributária a partir daqueles previstos tão somente no Anexo 1 do Decreto Estadual nº 13.780/2012, jamais se poderia concluir que “cama americana” esteja ali

contemplada, haja vista que naquela lista somente se encontra “colchões”, de NCM/SH 9404.20.00 e “suportes para camas (somiês), inclusive box”, de NCM/SH 9404.10.00 (Anexo 1 vigente nos exercícios de 2014 e 2015, fiscalizados no caso sob análise).

Diz não ser demais esclarecer que “cama americana” cujo NCM/SH é 9403.50.00, não se confunde com “suporte para cama (somiê)”, de NCM/SH 9404.10.00, uma vez que cada uma destas espécies possui características e peculiaridades próprias, inclusive no que se refere ao processo de industrialização.

Salienta que as mercadorias, objeto da autuação, a exemplo de “cama americana skin white”, “cama americana baú skin black”, “cama americana nobuck cream”, conforme se observa a partir dos DANFE às fls. 70 a 79 dos autos, são, em sua integralidade, camas americanas, produtos de estrutura simples de madeira, revestida por tecido e não utilizadas para repouso sem a sobreposição de um colchão, de sorte que se subsistem perfeitamente à NCM/SH 9403.50.00, a qual se refere a “móvels de madeira, do tipo utilizado em quartos de dormir”, cujo enquadramento encontra respaldo na Portaria nº 408, de 03/09/2003, do Ministério da Indústria e Comércio Exterior e Ministério da Ciência e Tecnologia, como também na solução de consulta à Receita Federal – COANA nº 226, de 18 de junho de 2015 (fl. 80), assim como da descrição contida no Laudo Técnico às fl. 81 a 90 dos autos.

Assim, sustenta o autuado que é razoável concluir que a “cama americana” não possui os requisitos necessários ao enquadramento nos denominados “produtos de colchoaria”, por não atender às especificações técnicas previstas na NRB 135791/2011 (fls. 91/93); norma da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) responsável por caracterizar colchões e na Portaria nº 349/2015 (fls. 94/100) do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO), as quais, dentre outras determinações, delimitam a espessura mínima das lâminas de espuma, característica que sequer existe na “cama americana”, cujo tampo superior é revestido tão somente por TNT.

O apelante defende que as “camas americanas” não possuem tampo revestido de espuma, sendo excluídas do gênero “colchoaria”. Já os “suportes para camas (somiês)”, por sua vez, possuem espumas cobertas por napa ou tecido, as quais amortecem o ato de sentar ou deitar, não havendo, por conseguinte, necessidade de sobrepor colchão, ainda que se possa utilizá-lo.

Assim, diz que se verifica que o “colchão box” é nada mais, nada menos o que a Fazenda Estadual denomina de “suporte para cama (somiê)”, em sua utilidade-meio, não podendo ser em hipótese alguma confundido com “cama americana”, uma vez que esta última não contém qualquer revestimento de espuma em seu tampo.

Apresentou na peça defensiva à fl. 30 dos autos, fotos para demonstrar as características do produto cama americana, visando demonstrar que essa mercadoria possui os mesmos requisitos da típica cama de madeira, visto 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, do que 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.

O apelante, com fundamento no princípio da eventualidade, aduz que, caso o Estado da Bahia tivesse procedido nos estritos limites da Lei Estadual, ainda assim não teria razão, justamente porque muito embora a impugnante não tenha procedido com a retenção e subsequente recolhimento do ICMS-ST, os cofres públicos não deixaram de arrecadar, uma vez que a obrigação fora cumprida pelos varejistas e atacadistas nas operações subsequentes. Assim, o intento fazendário configuraria em nítido *bis in idem*.

Em seguida, o defendente passa a invocar o art. 106 do CTN, por vislumbrar a subsunção perfeita à norma, visto que a não inclusão de qualquer produto de colchoaria no Anexo 1 do RICMS, em vigor, nada mais fez que desincumbir o sujeito passivo do recolhimento antecipado do imposto, de sorte que, por via transversa, deixou de definir seu descumprimento como infração, não havendo que se falar em hipótese alguma de aplicação de multa, tendo em vista que o Auto de

Infração em apreço não se encontra definitivamente julgado.

Por fim, caso a arguição sobre à legalidade deste ultrapassada, a defesa entende tornar-se crucial a realização de perícia para delimitar a natureza jurídica não só dos bens autuados, como também definir o que vem a ser “suporte para cama (somiê)” / “colchão box”, sob os auspícios da *lex arts* atinente à engenharia de produção, do que apresenta quesitos e assistente técnico.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 102 e 103 dos autos, aduz que a defesa em momento algum contradiz os cálculos que determinaram o *quantum debitum* apresentado.

Salienta que com o advento do instituto da substituição tributária sobre colchões e congêneres, os fabricantes de colchões criaram a figura das “camas” substituindo apenas o nome do que a legislação tributária já havia classificado como “somiê”. Assim, trocaram a nomenclatura mas não conseguiram trocar a essencialidade, pois as camas típicas possuem padrão de fabrico bastante diferenciado das “camas americanas” dos fabricantes de colchão.

A primeira é móvel e para tanto se vincula a produto de madeira ou metal com forma bem característica, não sendo produto da substituição tributária do ICMS, embora sobre ela incida o IPI (que não incide nos produtos de colchoaria). Assim o “planejamento tributário” calculou ser melhor recolher o IPI, já que este alcançava valores bem mais módicos dos que seriam alcançados pela substituição tributária, cuja MVA é bastante expressiva para os “somiês”.

Esclarece que o contribuinte é contumaz na prática de criar legislação tributária particular, mormente no âmbito do cálculo e recolhimento do ICMS havido por substituição tributária.

Os representantes do sujeito passivo, presentes na sessão de julgamento de 19/04/2018, antes da leitura do relatório, aduziram “questão de ordem” e alegaram cerceamento ao direito de defesa por ser a informação fiscal sucinta e não atender ao quanto previsto no art. 127, § 6º, do RPAF (Decreto nº 7.629/99), o qual determina que deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação. Em seguida, alternativamente, caso não aceito seu pleito, alegaram a necessidade de realização de diligência para verificar se o produto “cama americana”, objeto da lide, trata-se de cama ou de produto de colchoaria.

Da análise destas alegações, os membros deste colegiado entenderam não dar provimento à tais pretensões. Porém, foi pedido e concedido vista do PAF à julgadora Teresa Cristina Dias Carvalho.

Na sessão de julgamento de 24/04/2018, um dos representantes da autuada solicitou a remessa em diligência do PAF à PGE/PROFIS para emissão de parecer jurídico sobre a legalidade da cobrança da substituição tributária dos produtos de colchoaria, tendo em vista não constar do Anexo I da Lei nº 7.014/96, o que foi indeferido pelo colegiado por ser objeto de análise do voto do relator, que informou ter ultrapassado tal alegação, ao interpretar o art. 11 do citado dispositivo legal.

VOTO

O lançamento de ofício, ora em análise, imputa ao sujeito passivo o cometimento de infração, com o débito exigido de R\$ 3.765.263,79, inerente aos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015, objeto da insurgência do sujeito passivo, 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.*”

Inicialmente, quanto à preliminar de nulidade do Auto de Infração sob alegação de ofensa ao princípio da legalidade, haja vista que só poderão se submeter ao regime de substituição tributária apenas as mercadorias constantes no Anexo I da Lei nº 7.014/96, sendo facultado ao regulamento, tão somente, deixar de considerar incluída eventual mercadoria ou restringir a aplicação de tal sistemática, por se confundir intrinsecamente com a análise de mérito, deixo para análise em conjunto com as razões de mérito.

No que tange ao pedido para realização de perícia, com o objetivo de delimitar a natureza jurídica não só dos bens autuados, como também definir o que vem a ser “suporte para cama (somiê)” /

“colchão box”, sob os auspícios da *lex arts* atinente à engenharia de produção, o indefiro, pois considero suficientes para minha convicção os elementos contidos nos autos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas e constantes do processo administrativo fiscal.

Inerente às razões de mérito, o defendantecamente alega que “cama americana”, objeto da exação fiscal, cujo NCM/SN é 9403.50.00, não se confunde com “suporte para cama (somiê)”, de NCM/SN 9404.10.00, uma vez que cada uma destas espécies possui características e peculiaridades próprias, inclusive no que se refere ao processo de industrialização.

Destaca que, “camas americanas” não possuem tampo revestido de espuma, sendo excluídas do gênero “colchoaria”. Já os “suportes para camas (somiês)”, por sua vez, possuem espumas cobertas por napa ou tecido, as quais amortecem o ato de sentar ou deitar, não havendo, por conseguinte, necessidade de sobrepor colchão, ainda que se possa utilizá-lo.

Em suma, o sujeito passivo sustenta a tese de que cama americana se enquadra como cama, *produto de marcenaria*, e não como “suporte para cama (somiê)”, *produto de colchoaria*, cuja legislação, à época, previa a substituição tributária.

Da análise destas razões de mérito há de se ressaltar que em que pese o defendantecamente alegar que “cama americana”, nem tampouco “suportes para camas (somiês)”, constam do Anexo I da Lei nº 7.014/96, conforme previsto no art. 8º, inciso II, da referida Lei, verifica-se que nos termos do art. 11 do mesmo diploma legal, no qual determina que “Quando for celebrado entre a Bahia e outras unidades da federação acordo para cobrança do imposto por substituição tributária nas operações com determinada mercadoria, ficará esta automaticamente enquadrada no regime, na forma prevista em regulamento” (grifo nosso).

Assim, por ser o Estado da Bahia, a partir de 1º/03/2011, signatário do Protocolo ICMS 190/2009, que dispõe sobre substituição tributária nas operações com colchoaria, resta comprovada a legalidade da substituição tributária de produtos relativos a colchoaria, assim compreendidos como: suportes para cama (somiês), inclusive “box”, colchões, travesseiros, *pillow* e protetores de colchões, conforme previsto no aludido art. 11, da Lei nº 7.014/96.

Em consequência, para deslinde da lide, resta saber se cama americana se enquadra como cama, *produto de marcenaria*, ou como “suporte para cama (somiê)”, *produto de colchoaria*.

Conforme já dito, o contribuinte sustenta que “cama americana” se trata de cama de madeira (*produto de marcenaria*), com estrado de madeira e laterais revestidas de papelão, recobertas por tecido ou plástico, sob NCM 9403.50.00, conforme consulta à COANA nº 226, de 18/06/2015.

94.03	Outros móveis e suas partes.
9403.10.00	- Móveis de metal, do tipo utilizado em escritórios
9403.20.00	- Outros móveis de metal
9403.30.00	- Móveis de madeira, do tipo utilizado em escritórios
9403.40.00	- Móveis de madeira, do tipo utilizado em cozinhas
9403.50.00	- Móveis de madeira, do tipo utilizado em quartos de dormir
9403.60.00	- Outros móveis de madeira

Por sua vez, o Fisco entende que “cama americana” se trata da mesma espécie de “suporte para cama (somiês)” (*produto de colchoaria*), sob NCM 9404.10.00, conforme tabela TIPI a seguir:

94.04	Suportes para camas (somiês); colchões, edredões, almofadas, pufes, travesseiros e artigos semelhantes, equipados com molas ou guarneidos interiormente de quaisquer matérias, compreendendo esses artigos de borracha ou de plásticos, alveolares, mesmo recobertos.
9404.10.00	- Suportes para camas (somiês)
9404.2	- Colchões:
9404.21.00	-- De borracha alveolar ou de plásticos alveolares, mesmo recobertos
9404.29.00	-- De outras matérias
9404.30.00	- Sacos de dormir
9404.90.00	- Outros

Há de salientar que, segundo entendimento manifestado no Parecer Final nº 21409/2015, emitido pela Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA, “cama americana” é apenas uma das designações das

várias de um mesmo produto que tem a finalidade de dar lastro (suporte) ao colchão, a exemplo de: suporte elástico para cama, somiês, etc., consoante texto a seguir transcrito:

“...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.”

Assim, acertadamente, o autuante considerou o produto “cama americana” com a mesma finalidade do produto “suporte para cama (somiês)”, cuja NCM é 94.04.1, conforme item 15.2 do Anexo 1 do RICMS, vigente nos exercícios de 2014/2015, quando ocorreram as vendas de tal produto, fato este comprovado com as fotos trazidas pelo próprio defendantem suas razões de defesa, as quais demonstram se tratar de móveis de colchoarias e com os mesmos materiais de acabamento, ou seja, “estrutura de madeira que é somada à lâmina de espuma e revestimento”. Por outro lado, jamais a “cama” possui “lâmina de espuma e revestimento”, como se comprova nas fotos nos autos e no próprio site do contribuinte.



No caso presente, parece-me determinante para a distinção entre cama [produto de marcenaria] e “cama americana / suporte para cama (somiê)” é que a primeira contém unicamente “estrutura de madeira”, enquanto as demais, apesar de possuírem como componente madeira e/ou metal, contêm revestimento de tecidos e de espumas, caracterizando-se como *produto de colchoaria*, para efeito de tributação. Assim, em que pese todos estes produtos servirem de suporte do colchão, trata-se de um planejamento tributário da empresa a classificação de tal produto como uma simples cama de madeira e não de um produto de colchoaria.

Ademais, conforme se pode comprovar através do próprio contrato social do sujeito passivo, às fls. 53 dos autos, a título de objeto social da empresa, inexiste o fabrico de cama, mas sim de “... colchões de espumas; colchões de molas; colchonetes; travesseiros; placas de espumas, blocos de espumas e laminados de espumas; roupas de cama, mesa, banho; móveis estofados e materiais para estofamento, estruturas de molas; molejos para colchões; assistência técnica...”, o que vem corroborar que “cama americana” na verdade, é um *produto de colchoaria*.

Válido ainda registrar que no Acórdão CJF nº 0139-12/17, relativo ao PAF nº 269096.0025/15-9, em situação similar ao caso concreto, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deliberou convertê-lo em diligência para a PGE no sentido:

- 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?*

Tendo a PGE emitido parecer no qual aduziu que:

[...]

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, 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, 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.

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 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.

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

O sujeito passivo alega ainda que, caso o Fisco tivesse procedido nos estritos limites da Lei, mesmo assim não teria razão, justamente porque muito embora a impugnante não tenha procedido com a retenção e subsequente recolhimento do ICMS-ST, os cofres públicos não deixaram de arrecadar, uma vez que a obrigação fora cumprida pelos varejistas e atacadistas, nas operações subsequentes. Assim, segundo o apelante, o intento fazendário configuraria em nítido *bis in idem*.

Quanto a esta linha da tese de defesa, entendo descabida tal alegação visto que, por previsão legal, o sujeito passivo da obrigação é o próprio contribuinte, sendo intransferível a responsabilidade tributária lhe atribuída em lei aos seus destinatários, os quais a qualquer momento dentro do prazo decadencial, caso provada a tributação indevida pelos mesmos, *o que não ocorreu*, poderão pedir ao Estado da Bahia a restituição dos indébitos fiscais, o que acarretariam prejuízos ao erário estadual de tal monta, ora exigida.

Finalmente, quanto à alegação do defendant de invocar o art. 106 do CTN, visto que a legislação em vigor desincumbiu o sujeito passivo do recolhimento antecipado do imposto para produtos de colchoaria, deixando de definir seu descumprimento como infração, não havendo que se falar, em hipótese alguma, de aplicação de multa, tendo em vista que o Auto de Infração em apreço não se encontra definitivamente julgado, deve-se esclarecer que a substituição tributária exigida para fatos geradores, à época, relativos aos exercícios de 2014 e 2015, deve ser aplicada nos termos do

art. 144 do CTN, o qual estipula que 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.

Sendo assim, por se tratar a substituição tributária de uma metodologia de arrecadação do Fisco, a sua modificação ao regime normal de apuração não significa que as mercadorias deixaram de ser tributadas, sendo à época dos fatos geradores a substituição tributária de responsabilidade do remetente das mercadorias, na qualidade de contribuinte substituto, cuja tributação por terceiros sequer foi comprovada, sendo inaplicável o art. 106 do CTN, em que pese o Auto de Infração não se encontrar definitivamente julgado, visto que o fato pretérito não deixou de ser definido como infração (mercadorias tributadas), como também não restou comprovado que tal procedimento não implicou em falta de pagamento do tributo, conforme previsto no aludido dispositivo legal.

Registre-se ainda que, a 1^a CJF, através do Acórdão nº 0232-11/16, decorrente de PAF relativo à mesma matéria e sujeito passivo, já havia decidido, por maioria, pela subsistência da exigência fiscal.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, nos termos esposados pela DITRI de que suporte elástico para cama, somiês e suas designações populares, a exemplo de cama americana, são 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, à época, sujeitos à substituição tributária.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269096.0019/17-5**, lavrado contra **INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.765.263,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de abril de 2018.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR