

PROCESSO - A. I. Nº 298962.0004/05-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SOLPLAST DISTRIBUIDORA DE EMBALAGENS LTDA. (SOL EMBALAGENS)
RECORRIDOS - SOLPLAST DISTRIBUIDORA DE EMBALAGENS LTDA. (SOL EMBALAGENS) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0465-04/05
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 08.05.06

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0163-12/06

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita constitui comprovação suficiente da realização de operações sem a emissão da documentação fiscal exigível. Modificada a Decisão recorrida. É vedado ao órgão administrativo agravar a condenação do autuado além do valor constante da autuação. Infração subsistente até o limite do valor indicado na autuação. **b)** MATÉRIA-PRIMA. REMESSA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO FORA DO ESTADO. ACUSAÇÃO IMPRECISA. É nulo o procedimento que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão a infração argüida. 2. LIVROS FISCAIS. LIVRO CAIXA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. Multa por descumprimento de obrigação acessória. Infração não elidida. 3. PAGAMENTOS NÃO CONTABILIZADOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OCORRÊNCIA DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Contribuinte comprova a improcedência da presunção. Infração insubsistente. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recursos Voluntário e de Ofício, interpostos, respectivamente, pelo autuado e pela 4ª JJF, contra a referida Decisão prolatada pela referida Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0465/04-05, que julgou pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 12/05/2005, acusa 4 infrações, a saber:

- INFRAÇÃO 1: Falta de recolhimento do imposto, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, períodos de 2001, 2003, 2004 e 2005, no valor de R\$192.551,79;
- INFRAÇÃO 2: Falta de escrituração do Livro Caixa, exercícios de 2001 a 2004, aplicação da multa no valor de R\$460,00;
- INFRAÇÃO 3: Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e, conseqüentemente, sem o

respectivo lançamento em sua escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, período de 2004, na quantia de R\$699.432,80;

- INFRAÇÃO 4: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de pagamentos não registrados, com valor de R\$3.675,63.

O autuado apresentou defesa tempestiva, às folhas 376 a 404, citando, inicialmente, alguns princípios de direito e solicitando, em seguida, a nulidade da autuação, sob alegação de cerceamento do direito de defesa, falta de descrição clara e precisa da acusação e da adoção do roteiro de auditoria inapropriado, falta de clareza e explicação acerca do conteúdo existente em demonstrativo fiscal e inexistência de pressuposto básico para cálculo do ICMS pelo regime normal, em lugar do regime simplificado.

No mérito, em relação à infração 1, argumentou que a portaria 445/98 dispõe que a apuração de débitos de ICMS, mediante esse tipo de auditoria, requer criterioso rigor na quantificação das mercadorias, razão pela qual se pode perceber que cada item das mercadorias deve ser considerado isoladamente, por espécie. A despeito disso, o autuante agrupou os produtos por gênero, ao invés de fazê-lo por espécie.

No tocante à infração 3, ressaltou que o produto PROLIPROPILENO não faz parte do rol das mercadorias comercializadas pelo sujeito passivo. Isso porque o produto representa apenas uma matéria prima, a partir da qual se pode elaborar, em processo de industrialização, mercadorias que serão de fato comercializadas. Aduz que é exatamente pelo fato de não comercializar o POLIPROPILENO que o autuante utilizou como documentos, para embasar seu levantamento, apenas notas fiscais de entradas de remessa simbólica.

Segundo o impugnante, a transação comercial realizada diz respeito à remessa do produto de um fornecedor localizado no Rio Grande do Sul (YPIRANGA PETROQUÍMICA S/A) para estabelecimento industrial localizado em São Paulo, o qual providenciaria os necessários processos de industrialização, e, nessa triangulação comercial, o autuante se apegou às notas emitidas pela Ypiranga, a título de remessa simbólica e destinadas ao autuado. Alega que não houve nenhuma circulação física no estabelecimento do sujeito passivo, não havendo, em outras palavras, ocorrência de fato gerador do imposto no Estado da Bahia.

Continuou a sua defesa questionando o fato do preposto fiscal ter utilizado no demonstrativo fiscal o período de 01/08/2004 a 27/11/2004, apesar de ter dito no Auto de Infração que a auditoria se referia a exercício fechado, além do que o fisco sequer tinha em mãos dados relacionados ao estoque inicial e final do período. Argumenta que prova disto é que o autuante acabou adotando-os como sendo zero.

Quanto à infração 2, aduziu que o preposto fiscal não fez prova da infração, posto que a descrição da infração 2, por si só, evidencia não ter lógica a acusação, já que deixa implícito que manuseou o Livro Caixa.

No que tange à infração 4, afirmou que, na infração 1, o autuante fez o levantamento quantitativo de estoques, oportunidade em que se baseou nas notas fiscais do exercício de 2004. Em procedimento subsequente, utilizou novamente o mesmo documento já usado como objeto do levantamento fiscal da infração 1, para, mais uma vez, agora na infração 4, exigir imposto sob o mesmo título. Assevera que se está falando da nota fiscal nº 3400, ao passo que, no tocante às outras duas Notas Fiscais de Entradas, as de nºs 004168 e 004349, o autuante de forma equivocada e prejudicial ao autuado não as incluiu no levantamento das entradas na apuração da infração 1.

Concluiu a sua peça defensiva salientando a natureza confiscatória da multa aplicada e requerendo a nulidade do lançamento tributário ou sua improcedência.

Na informação fiscal, às folhas 411 a 419, o autuante ressaltou que, em relação as preliminares de nulidade, o PAF não possui vícios insanáveis ou incorreções, como alegado, tendo em vista que na folha nº 370 do processo consta que o autuado recebeu todas as cópias dos documentos colhidos de fontes externas e todos os demonstrativos e planilhas elaboradas.

Quanto à 2ª preliminar de nulidade, concluiu que as alegações do defendente não tem sentido, vez que o exercício de 2004 já era exercício findo, tendo que ser desdobrado em dois

levantamentos por uma questão de sistemas utilizados pela SEFAZ. Quanto aos estoques, se o estoque inicial inexistia em 01/01/2004, o mesmo ocorreria com o estoque final, portanto deve ser igual a zero. Fez remissão às páginas 260 a 267, em que a data de início, 01/08/2004, e a data final, 26/11/2004, para a última nota fiscal de venda, e 27/11/2004 para a nota fiscal de remessa, a data anterior fora o período da emissão da 1ª nota fiscal pela Ypiranga, assim como as últimas datas foram para as últimas emissões.

Acrescentou que, como não houvera estoques constantes do registro de inventário, utilizou-se do período em que ocorreria o ilícito - 01/08/2004 a 27/11/2004 - este um exercício fechado por estar findo o ano civil, consequentemente o ano comercial.

Na 3ª preliminar de nulidade defendida pelo autuado, disse que, no período de 01/08/2004 a 27/11/2004, existe o demonstrativo do cálculo do preço médio das entradas, em virtude de não haver saídas efetivas, vez que estas foram omitidas.

Quanto à 4ª preliminar de nulidade, informou que o autuado não atentou para o crédito de 8% que lhe fora atribuído pela condição de SimBahia, nas infrações 1, 3, e 4, tendo inteiro desconhecimento das normas que norteiam a fiscalização das empresas do SimBahia.

No mérito, sobre a infração 1, o autuante ressaltou que o procedimento adotado foi em virtude das saídas, por falta da descrição completa dos artigos vendidos. Muitas vezes existiram apenas a descrição “saco plástico” ou “sacola plástica”, argumentando que fora preciso arrebanhar num item só para que o levantamento tivesse consistência.

Observou que não foram juntados saco com sacola, que são coisas de espécies e gêneros diferentes. Alegou que o levantamento deve ser feito de maneira justa e compreensível, mesmo que se tenha maior dificuldade. Aduziu que existem descrições confusas nas notas fiscais de entradas e principalmente nas de saídas, por isso, foi aquela a melhor maneira de se fazer o levantamento físico sem prejudicar a empresa e o Erário.

Na infração 3, asseverou que há verdadeiro desconhecimento do autuado no tocante a fato gerador, que é a transferência de titularidade. Observa que a Ypiranga, ao vender o produto à Solplast, transferiu a titularidade das mercadorias e, em seguida, recebeu ordens da compradora para que a vendedora fizesse a remessa para outra empresa em São Paulo, sob o título “*remessa para industrialização*”. Posteriormente, a Solplast desapareceu com os produtos, pois não transferiu a sua titularidade para ninguém de forma legal e não escriturou no inventário.

Quanto à infração 2, ressaltou que o impugnante não fez prova de que escriturou o livro caixa, deixando de observar o documento por ela fornecido e anexado à folha 13 dos autos.

Acrescentou que realmente a Nota Fiscal nº 003400 está lançada em duas infrações 1 e 4 e deverá ser retirada da infração 4, por ter sido considerada no levantamento físico de 2004, razão pela qual o demonstrativo de débito será refeito. Disse que não há porque considerar a inclusão das Notas Fiscais nºs 004168 e 004349, vez que elas foram omitidas pelo autuado e capturadas do CFAMT, posto que, caso contrário, seria beneficiar o infrator.

Ao final, solicitou A procedência do Auto de Infração.

O processo foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidido convertê-lo em diligência fiscal ao autuante, para que fossem atendidas as seguintes solicitações:

1. Refazer os cálculos da infração 3, tomando-se por base, como início do período, 01/01/2004, e final, 31/12/2004;
2. Inclusão das Notas Fiscais nºs 4167 e 4349 no levantamento de estoque, referente ao exercício de 2004;
3. Entrega, ao impugnante, das cópias do novo demonstrativo e reabertura do prazo de defesa em 30 dias, para se manifestar, querendo;

O autuante cumpriu a diligência fiscal e salientou que o Auto de Infração foi alterado para maior, pelos seguintes motivos:

- A inclusão das Notas Fiscais nºs 4349 e 4168, na infração 1, que tiveram o MVA adicionado;

- Na infração 3, foi verificado que a Nota Fiscal nº 373.505 não continha o IPI anteriormente, o que influenciou no custo médio do produto;
- Com a inserção das Notas Fiscais nºs 4349 e 4168, a contagem física das mercadorias foi alterada para maior.

Em virtude das variações sofridas, a base de cálculo aumentou, considerando que nela está inclusa a MVA cujo elemento não fazia parte da infração 4, agora incorporada à infração 1, ficando um valor de débito reclamado de R\$899.776,22.

O impugnante foi intimado para tomar ciência de novo demonstrativo anexo ao processo pelo autuante, sendo concedido o prazo de 30 dias para se manifestar, tendo se quedado silente.

Através do Acórdão JF Nº 0465-05/05, a 4.ª JF julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, quanto as infrações objeto dos Recursos de Ofício e Voluntário, reduzindo o débito autuado para R\$199.629,53, sob o entendimento de que:

- a) deve ser rejeitada a primeira preliminar de nulidade, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, sendo que o autuado recebeu cópias de todos os demonstrativos utilizados como prova das infrações apresentadas, conforme pág. 370 do PAF;
- b) quanto às segunda e terceiras preliminares, concernentes especificamente à infração 3, *“cumpre razão ao autuado, uma vez que o procedimento fiscal utilizado não condiz com a infração apresentada, pois, o autuado adquiriu matéria prima dos seus produtos da empresa Ypiranga, localizada no Rio Grande do Sul, remetendo estes produtos para industrialização em São Paulo, com posterior retorno à Solplast na Bahia”*; asseverou que *“estas mercadorias teriam um prazo de retorno de 180 dias, prorrogáveis uma vez por igual período, conforme art. 615 § 3º do RICMS/BA, cabendo ressaltar que a data de ocorrência do fato gerador, constante na infração é de 27/11/2004 quando as mercadorias estariam amparadas pela suspensão do ICMS”*, razão pela qual entendeu a Colenda 4.ª JF *“que a infração argüida esta imprecisa e não caberia o levantamento quantitativo do estoque no presente caso, por isso deve ser declarada nula, devendo a repartição fiscal, analisar a necessidade de renovação do procedimento fiscal”*;
- c) no que se refere à quarta preliminar de nulidade, ressaltou que o impugnante não atentou para o art. 408-S do RICMS/BA, cujo teor transcreveu, salientando, ainda, que *“foi concedido o crédito de 8% pelo fato da empresa estar enquadrada como SIMBAHIA”*;
- d) rejeitou-se o pedido de diligência a fiscal estranho ao feito, em face dos elementos constantes do PAF serem suficientes à convicção do julgador;
- e) quanto ao mérito da infração 1, decidiu que *“o procedimento adotado pelo autuante está correto, tendo em vista que diversas notas fiscais de saídas não estavam com seus produtos discriminados por espécie e o autuante teve o cuidado de classificá-las por mercadorias do mesmo gênero”*, aduzindo, ainda, que *“Quanto ao exercício de 2004, o valor do imposto reclamado foi alterado para maior na revisão fiscal em virtude da inclusão das mercadorias constantes das notas fiscais nºs 4349 e 4168 no levantamento quantitativo de estoque no período e calculadas pelo preço médio das últimas saídas”*;
- f) no tocante à infração 2, o próprio contribuinte declara nos autos que não escriturou o livro caixa nos anos de 2001 a 2004, conforme folha 13 do presente processo, razão pela qual a infração deve ser mantida;
- g) com relação à infração 4, *“Após a diligência fiscal, o autuante incorporou a infração 4 na infração 1 ao incluir no levantamento quantitativo de estoque as Notas Fiscais nºs 4168 e 4349”*, deixando, pois, de subsistir a mesma.

Por ter havido prejuízo para o Fisco Estadual em montante superior a R\$ 50.000,00, após retificação do Acórdão, a referida 4ª JF recorreu de ofício da Decisão, à luz do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, invocando em sua peça recursal, de referência à infração 1, os seguintes argumentos:

- a) destaca, como primeiro argumento, que, para um preposto fiscal exigir o ICMS de um contribuinte, pelas regras inerentes ao regime normal, é necessário, como condição *sine qua non*, que tal contribuinte esteja, por qualquer motivo, cadastrado na condição da norma, existindo, para que isso aconteça, apenas duas possibilidades, conforme previsão legal, quais sejam, o contribuinte, por sua iniciativa, inscreveu-se na SEFAZ-BA na condição de normal, ou a SEFAZ-BA, de ofício, por algum motivo, desenquadrou o contribuinte do regime a que ele estava vinculado, dentro do devido processo legal (com direito ao contraditório), inserindo-o na condição de normal; reitera o argumento defensivo de que no caso vertente não se fez presente nenhuma das duas hipóteses, salientando que o próprio Auto de Infração indica o autuado como sendo empresa de pequeno porte, cadastrada no SimBahia; apesar disso, prossegue, o imposto foi exigido pelo regime normal de apuração; aduz que a Decisão recorrida, a fim de sanar o equívoco ocorrido – a que atribui ser insanável – trouxe à baila, finalmente, a fundamentação legal da cobrança, qual seja, o art. 408-S, do RICMS/BA, que, em tese, daria suporte à exigência fiscal levada a efeito pelo autuante, transcrevendo parte do voto do relator da Decisão recorrida; alega que houve flagrante cerceamento de defesa, visto que esta fundamentação de acusação não foi do conhecimento do autuado, até a apresentação de sua impugnação, o que impediu o exercício do seu direito ao contraditório a respeito da matéria; logo, por ser patente o vício insanável, com caracterização clara de cerceamento de defesa, não pode a referida infração 1 ser levada adiante, devendo haver reforma da Decisão recorrida, no sentido de julgar NULA a infração, nos termos do art. 18, II, do RPAF;
- b) a título de segundo argumento, transcreve o recorrente, inicialmente, os termos da sua peça defensiva de fls. 392/393, já relatado alhures, insurgindo-se quanto ao roteiro de auditoria aplicado pelo autuante, ao tempo em que acrescenta, no particular, que a Portaria n.º 445/98 prevê algumas possibilidades de as mercadorias serem agrupadas por GÊNERO, ao invés de por espécie, conforme pode ser observado pela redação do seu art. 3.º, III, cujo teor transcreveu; alega que, “*À vista do Acórdão recorrido, percebe-se que o relator acolheu o procedimento fiscal (agrupamento das mercadorias por gênero), por entender que ‘diversas notas fiscais de saídas [da empresa autuada] não estavam com seus produtos discriminados por espécie’ (...)*”. Argumenta que o autuante, em nenhum momento, fez prova de que a empresa teria deixado de discriminar, por espécie, mercadorias listadas em notas fiscais de saídas”, sendo tal comprovação essencial para que o procedimento fiscal pudesse ser convalidado, cabendo ao autuante comprovar a sua tese em relação a cada uma das mercadorias objeto da autuação, agrupadas por gênero. Reitera que o relator fundamentou sua Decisão, de acolhimento do procedimento fiscal utilizado nos autos, em cima de fato não comprovado; assim, aduz que “*pelo fato de o autuante não ter comprovado, nos autos, que a empresa não discriminava as mercadorias por espécie, nas notas fiscais de saídas, não pode o procedimento fiscal ora em análise ser aceito, pelo que deve ser reformada a Decisão a quo, no sentido de ser julgada NULA a INFRAÇÃO I*”;
- c) argúi, como terceiro argumento, que a infração 1 foi agravada após a realização de revisão fiscal, salientando que o RPAF/99, no seu art. 156, deixa claro que uma revisão fiscal não tem o poder de agravar uma infração, sendo que, em casos de suspeitas de agravamento, deve ser sugerida uma nova ação fiscal; ocorre que, prossegue, a Junta de Julgamento Fiscal acabou acolhendo o agravamento da infração 1, o que, por certo, não persistirá em segunda instância;
- d) reiterou a necessidade de realização de revisão fiscal por fiscal estranho ao feito, formulando os mesmos quesitos indicados em sua peça defensiva (fl. 399).

No que tange à infração 2, argumenta que o autuante não fez prova nem de que o recorrente teria receita bruta ajustada superior a R\$30.000,00 (trinta mil reais), muito menos de que não escriturou o livro Caixa, sem prejuízo do fato de que, a própria descrição da infração 4, *pos si só*, evidencia não ter lógica a acusação intitulada de infração 2, já que naquela – infração 4 – o preposto fiscal deixa implícito que manuseou o livro Caixa do autuado, oportunidade em que teria constatado a

não escrituração das Notas Fiscais nºs 003400, 004168 e 004349, objeto da infração 4. Logo, alega que não é possível ao autuante, a um só tempo, afirmar que fez as verificações no livro Caixa do autuado – infração 4 – e que tal livro não existiria – infração 2, devendo a referida infração, por falta de comprovação da acusação e pela sua própria incompatibilidade, diante do contexto de todo o Auto de Infração, ser julgada improcedente.

Com relação à infração 3, tece o recorrente breves comentários a respeito da mesma, para informar que, *“não obstante o procedimento fiscal, realmente, estar totalmente equivocado, conforme concluiu a 4ª JJF, o sujeito passivo aproveita aqui a oportunidade, para dizer que, tivessem seus argumentos de mérito sido apreciados pela JJF, e a Decisão do julgamento da suposta infração 3 teria sido pela improcedência, e não pela nulidade”*.

Ao final, postula pela reforma da Decisão recorrida, devendo ser julgada improcedente, ou ao menos nula, a suposta infração 1, bem como para que seja decretada a improcedência da infração 2, requerendo, ainda, seja deferido o pedido de diligência formulado no Recurso Voluntário, a fim de que sejam respondidos os quesitos pelo mesmo apresentados.

Em seu Parecer, a ilustre representante da PGE/PROFIS entende que a infração 1 foi devidamente tipificada e que a hipótese de apuração pelo regime normal do ICMS está prevista na própria lei do SimBahia, incorporada pelo RICMS nos arts. 408-S, 408-L, 408-M, 408-P e 408-R. Assevera que o levantamento fiscal foi feito por espécie de mercadorias, como determina a legislação, tendo sido detalhado de forma objetiva, de acordo com a escrituração do contribuinte, razão pela qual discorda das nulidades suscitadas. No que se refere à majoração do item 1, objeto do Auto de Infração, razão assiste ao recorrente vez que a legislação veda expressamente o agravamento da infração – art. 156, do RPAF – sendo relativa ao item da autuação, e não ao seu valor total. Outrossim, aduz que inexistente qualquer razão para a realização da diligência solicitada. Com relação ao item 2, entende que a falta de escrituração do livro foi confessada pelo contribuinte à fl. 13, pelo que deve ser mantida a infração. Ao final, opina pelo provimento parcial do Recurso Voluntário interposto, para que o autuado seja condenado, em relação à infração 1, até o valor indicado pelo autuante.

O eminente Procurador Assistente da PGE/PROFIS, Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho, profere despacho ratificando o Parecer anteriormente exarado, que opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Inicialmente, faz-se mister o enfrentamento do Recurso Voluntário interposto pelo autuado, insurgindo-se quanto todas as infrações objeto da autuação.

Quanto a infração 1, entendo que o procedimento adotado pelo autuante está correto, posto que várias notas fiscais de saídas não estavam com os seus produtos discriminados por espécie, tendo tido o autuante, de acordo com a escrituração do contribuinte, o cuidado de classificá-las, de forma objetiva, por mercadorias do mesmo gênero, em consonância com o quanto prescrito na legislação, razão pela qual rejeito a nulidade suscitada.

A infração, ao contrário do que pugna o recorrente, foi devidamente tipificada, convindo salientar que a hipótese de apuração pelo regime normal do ICMS está prevista na própria lei do SimBahia, incorporada pelo RICMS nos arts. 408-S, 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, restando, de igual forma, rejeitada a arguição do recorrente.

Outrossim, no que tange à alegação de que houve agravamento da infração, conduta que viola a legislação estadual vigente, especialmente o quanto disposto expressamente no art. 156, do RPAF, razão assiste, no particular, ao recorrente, devendo a mesma estar limitada ao quanto indicado no Auto de Infração.

Ainda no que se refere à infração 1, deve ser rejeitado o pedido de diligência a fiscal estranho ao feito, em face dos elementos constantes do PAF serem suficientes à minha convicção, inexistindo qualquer razão para a realização da diligência solicitada.

No tocante à infração 2, o próprio contribuinte declarou nos autos que não escriturou o livro caixa nos anos de 2001 a 2004, conforme folha 13 do presente processo, devendo a infração ser mantida, negando-se provimento ao seu apelo.

Quanto à infração 3, insurge-se o contribuinte contra o fato de que, a despeito da nulidade decretada pela Junta, a referida infração seria também improcedente.

Não há como prosperar a tese do recorrente. Em verdade, nula se apresenta a mencionada infração, não tendo o julgador, no presente caso, a possibilidade de ingressar no âmbito meritório da mesma, a fim de decretar a sua procedência ou improcedência, posto que inexistem, nos autos, elementos indispensáveis à segurança quanto ao cometimento, ou não, da infração.

Passa-se, agora, à análise do Recurso de Ofício interposto pela R. 4.^a JJF, contra a Decisão pela mesma proferida, através do Acórdão n.º 0465-05/05.

De referência à infração 3, inexistente reparo a fazer em relação à Decisão de primeira instância. Senão, vejamos.

De fato, o procedimento fiscal utilizado não condiz com a infração apresentada, uma vez que o autuado adquiriu matéria-prima dos seus produtos da empresa Ypiranga, localizada no Rio Grande do Sul, remetendo estes produtos para industrialização em São Paulo, com posterior retorno à Solplast na Bahia.

Ora, tais mercadorias tinham um prazo de retorno de 180 dias, prorrogáveis uma vez por igual período, conforme preceitua o art. 615 § 3º do RICMS/BA, convindo salientar que a data de ocorrência do fato gerador, constante na infração é de 27/11/2004, quando as mercadorias estariam justamente amparadas pela suspensão do ICMS.

Destarte, por tal razão, encontra-se imprecisa a infração 3, não cabendo o levantamento quantitativo do estoque no presente caso, devendo, por tal razão, ser declarada nula, devendo a repartição fiscal, analisar a necessidade, ou não, de renovação do procedimento fiscal.

Por fim, no que concerne à infração 4, reparo algum merece o *decisum* de primeira instância, posto que, após a realização de diligência fiscal, a infração 4 foi absorvida pela infração 1, ao serem incluídos no levantamento quantitativo de estoque as notas fiscais 4168 e 4349, deixando, pois, de subsistir a mesma.

Ex positis, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado, para limitar a cobrança do valor relativo à infração 1, àquele indicado pelo autuante, quando da lavratura do Auto de Infração.

Diante do quanto apurado na diligência, recomendo a autoridade fiscal competente que renove ação fiscal no excedente ali apurado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298962.0004/05-3, lavrado contra **SOLPLAST DISTRIBUIDORA DE EMBALAGENS LTDA. (SOL EMBALAGENS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$192.551,79**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, XV, “i”, da mesma lei, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS