

PROCESSO - A.I. Nº 00575344/95
RECORRENTE - PRONOR PETROQUÍMICA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO ESPECIAL – Acórdão 1^a CJF nº 2136-11/01
ORIGEM - INFAC CAMAÇARI
INTERNET - 08.05.02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0057-21/02

EMENTA. ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIOS FECHADOS. Afastada a nulidade atribuída ao levantamento efetuado em relação ao produto HCL 100%, devendo o PAF retornar à 1^a Instância para exame do seu mérito. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Especial, apresentado pelo autuado contra o Acórdão CJF nº 2136-11/01, que deu provimento parcial ao Recurso de Ofício, para afastar a nulidade atribuída ao levantamento quantitativo efetuado em relação ao produto HCL 100%, Acórdão JJF nº 0974/99, e determinar o retorno do PAF à 1^a Instância para exame do seu mérito, e negou provimento ao Recurso Voluntário.

A 5^a JJF declarou a nulidade de parte do levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, relativa ao produto HCL 100%, ao discordar do posicionamento dos autuantes e da Gerência Especializada, porque, embora comprovadamente comercializado sem nota fiscal, inclusive sendo o autuado réu confesso, não existe admissibilidade na legislação, em levantamento quantitativo, de arbitramento de preço médio, e, além do mais, às fls. 414 a 415 do PAF, consta o preço, em dólar, adotado pela empresa em suas vendas à CPC no período autuado. Assim, entendeu que este produto deveria ser retirado do levantamento quantitativo de estoque, com a decretação da sua nulidade e solicitou que a repartição fiscal do contribuinte procedesse, de imediato, nova fiscalização, no sentido de apurar efetivamente o valor devido ao Erário.

A 1^a CJF afastou a nulidade deste item e determinou o retorno do PAF à 1^a Instância para apreciação do seu mérito, tendo o seu Relator consignado o seguinte voto:

“Quanto ao item V, que versou sobre omissão de saídas dos produtos indicados nos Demonstrativos de estoque fls. 52 e 53, não concordo, data vénia, com o entendimento da egrégia 5^a JJF no tocante a exclusão no item HCL 100% nos exercícios de 1993 e 1994 já que o levantamento quantitativo está correto, sendo inclusive ratificado através de diligência fiscal.

O argumento do recorrente de que ocorreu arbitramento do preço médio através de método não previsto na legislação não deve prosperar, pois, entendo que todo preço médio é, a rigor, um valor arbitrado, em se tratando de levantamento quantitativo de estoque, pois, se procura alcançar justamente a valoração de mercadorias que saíram ou entraram no estabelecimento sem emissão de notas fiscais logo, não há como se determinar o valor real da operação.

Por outro lado, a determinação do cálculo do preço unitário médio atribuído ao HCL 100%, em consonância com os demais artigos, está rigorosamente demonstrado nos autos e não há qualquer contestação numérica pelo recorrente em relação ao mesmo, tendo os autuantes apresentado desde a época do encerramento da fiscalização a maneira como determinaram o preço unitário médio o qual, atende ao especificado no art. 403, inciso I do RICMS/89, então vigente.

“Não vejo motivação para que seja mantida a nulidade apenas no tocante ao levantamento do artigo HCL 100% já que os levantamentos obedeceram a mesma técnica empregada em relação aos demais artigos, os quais foram reconhecidos e pagos pelo recorrente.”

O presente Recurso (fls. 732 a 735) foi interposto conjuntamente com o Recurso de Revista (fls. 720 a 728), que ficará sobreposto para apreciação oportuna, após a Decisão desta Câmara Superior acerca da sorte deste.

Esclareceu o recorrente que o Recurso Especial versa apenas sobre a parcela do item 5, para que não veja “transitar em julgado” a questão relativa à nulidade da autuação sobre o produto HCL 100%, pois a sua pretensão é que a mesma seja mantida, na forma decretada pela 5ª JJF.

Disse que, perante a legislação do ICMS, o arbitramento é via excepcional e diferente de qualquer outro meio de apuração, e que o valor arbitrado, a teor do art. 403, I, do RICMS/89, somente poderia ser utilizado quando a mensuração não pudesse ser feita por outra via, e mesmo assim apresentando-se justificativas para a sua adoção.

Alegou que o arbitramento foi realizado sim, no momento da determinação do “preço unitário médio”, inclusive com base em produto diverso (HCL 35%), e que o arbitramento não está na quantificação da mercadoria “omitida”, seja na entrada ou na saída, mas está na valoração do montante a ser tributado, que deveria refletir a média, pois, em se tratando de levantamento quantitativo, o RICMS prevê para a apuração do preço unitário médio as hipóteses do art. 70, XXI, “b”, “1” e “2”, e que, se os autuantes não seguiram a regra específica, incidiram em “arbitramento” e contaminaram por vício insanável a autuação.

Concluiu requerendo o provimento do Recurso, para que fosse restaurada a Decisão da JJF pela nulidade da parcela do item 5 relativa ao HCL 100%, sem prejuízo de nova fiscalização, a partir do que teria a devolução de suas garantias constitucionais, relativas ao pagamento sem multa (espontaneidade – se assim entender) e ao direito de defesa.

A PROFAZ se manifestou nos autos, entendendo não assistir razão ao autuado, pois o fulcro do item 5 do lançamento reside na omissão de saídas do produto – HCL 100%, apurada através de levantamento quantitativo dos estoques de mercadorias, cujo acerto já foi ratificado através da realização de duas diligências fiscais.

Aduziu que, com efeito, a diligência fiscal de fl. 618, atesta o acerto do procedimento fiscal no tocante à determinação do preço unitário médio do HCL, considerando que se trata de produto sem similar no mercado, cuja saída do estabelecimento ocorreu efetivamente sem a emissão do respectivo documento fiscal.

Opinou, portanto, pelo não provimento do Recurso Especial.

VOTO

O recorrente requereu o provimento do Recurso Especial, para que fosse restaurada a Decisão da JJF pela nulidade da parcela do item 5 relativa ao HCL 100%, sem prejuízo de nova fiscalização, a partir do que teria a devolução de suas garantias constitucionais, relativas ao pagamento sem multa (espontaneidade – se assim entender) e ao direito de defesa.

A sua tese alicerça-se na alegação de que foi realizado o arbitramento no momento da determinação do “preço unitário médio”, inclusive com base em produto diverso (HCL 35%), e que este arbitramento não está na quantificação da mercadoria “omitida”, seja na entrada ou na saída, mas está na valoração do montante a ser tributado, mas que esta valoração deveria refletir a média, pois,

em se tratando de levantamento quantitativo, o RICMS/89 prevê para a apuração do preço unitário médio as hipóteses do art. 70, XXI, “b”, “1” e “2”, e que, se os autuantes não seguiram a regra específica, incidiram em “arbitramento” e contaminaram por vício insanável a autuação.

Antes de mais nada, convém lembrar que o art. 91, IV, do RICMS/89, preconiza que será feito o arbitramento da base de cálculo, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto (este fato é admitido pelo recorrente), ou quando não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove a falta de emissão de documento fiscal a que esteja obrigado o contribuinte.

O art. 70, XXI, “b”, “1”, do referido diploma legal determina que a base de cálculo do ICMS, na hipótese da omissão de receita tributável ter sido constatada mediante levantamento quantitativo de estoque, para efeitos de definição do valor unitário da mercadoria, no caso de apuração de omissão de saídas - o preço médio das saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria foi comercializada no período fiscalizado, ou, quando o preço não for conhecido ou não merecer fé, o preço médio praticado por outro estabelecimento da mesma praça, que explore idêntica atividade econômica, em relação ao último mês do período objeto do levantamento. O seu item 2 se refere à omissão de entradas, que não é o presente caso.

O art. 403, I, do mesmo Regulamento, citado no voto da Decisão Recorrida, define que, para os efeitos deste Regulamento, considera-se valor comercial da mercadoria o seu valor de venda no local em que for apurada a infração, o constante do documento fiscal ou o arbitrado pela fiscalização.

Da interpretação conjunta destes dois últimos dispositivos regulamentares, a conclusão é que para o cálculo do preço médio unitário, no caso de levantamento quantitativo de estoques em que seja apurada omissão de saídas, como é o presente caso, será:

1. O preço médio das saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria foi comercializada no período fiscalizado. Este preço inexiste porque toda a produção de HCL 100%, que não foi consumida internamente pelo contribuinte, deu saída sem emissão de nota fiscal (fl. 52).
2. Ou, quando o preço não for conhecido, o preço médio praticado por outro estabelecimento da mesma praça, que explore idêntica atividade econômica. Este preço, igualmente, inexiste porque tal produto, conforme consta nos autos (fl. 429), não é comercializado por outro estabelecimento industrial no Estado da Bahia. Esta informação, prestada pelos autuantes, não é contestada pelo recorrente.
3. O seu valor de venda no local em que for apurada a infração. Pela razão citada no tópico anterior, este valor, também, inexiste.
4. O constante do documento fiscal. O próprio recorrente, conforme consta na Decisão Recorrida, jamais emitiu documento fiscal relativo a estas operações, e o levantamento quantitativo confirma esta assertiva.
5. O arbitrado pela fiscalização. Esta última hipótese foi utilizada pelos autuantes, devidamente prevista no art. 91, IV, do RICMS/89, como mencionei.

Vou mais longe, o produto HCL 100% é fornecido para a Companhia Petroquímica de Camaçari – CPC, mediante contrato existente desde 10/11/1980, e o recorrente não apresentou, até o momento, o valor pelo qual é comercializado este produto através do tal contrato.

Ainda, o Relator da 1^a CJF solicitou à Inspetoria Especializada que fiscal estranho ao feito apurasse o preço médio unitário de venda, para este produto, utilizando, inclusive, como subsídio a valoração contábil atribuída ao “consumo interno” do mesmo, constante nos demonstrativos de fls. 52 e 53 (fl. 616).

No resultado da diligência levada a efeito (fl. 618), consta que os dados do “consumo interno” foram obtidos nos relatórios de produção do contribuinte, mas que esses “consumos” não foram valorados pela contabilidade.

Concluiu, então, o diligente da IFESP que o procedimento adotado pelos autuantes está correto.

Vê-se que o recorrente, em nenhum momento, forneceu qualquer tipo de subsídio para que os autuantes, e após, o diligente da IFESP, pudessem apurar o valor real da operação (o que enquadra a possibilidade do arbitramento no inciso IV, do art. 91, citado), para, somente, alegar a nulidade deste item. E mais, apela para nova fiscalização com direito ao recolhimento do imposto de forma espontânea (sem multa). Será que nesta nova fiscalização irá apresentar, finalmente, o valor correto do custo unitário do produto?

Pelo que expus, e a teor do § 2º, do art. 18, do RPAF/99, que reza que não se declarará a nulidade em favor de quem lhe houver dado causa, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Especial apresentado, para homologar a Decisão Recorrida, pois este item da autuação NÃO É NULO, e determinar o retorno dos autos à 1^a Instância para apreciação do seu mérito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, NÃO PROVER o Recurso Especial apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 00575344/95, lavrado contra **PRONOR PETROQUÍMICA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$737.990,04**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.227,73, 60% sobre R\$247.796,31, 70% sobre R\$471.792,60, previstas no art. 61, III, "b", VIII, "a" e IV, "a", da Lei nº 4.825/89, 60% sobre R\$13.619,59, prevista no art. 61, II, "d", da Lei nº 4.825/89, com alteração introduzida pela Lei nº 6.934/96 e 100% sobre R\$553,81, prevista no art. 42, V, "c", da Lei nº 7.014/96, com o benefício estabelecido pelo art. 106, II, "c", do CTN, e dos acréscimos moratórios correspondentes, mais a multa de 40% no valor de **R\$ 2.821,09**, atualizado monetariamente, prevista no art. 61, VII, da Lei nº 4.825/89, além da penalidade de 11 UPFs-BA sendo a de 10 UPFs-BA, prevista no inciso XV, "d", e 1 UPF-BA prevista no inciso XXI, da Lei nº 4.825/89, com homologação do valor efetivamente recolhido, e determinar o retorno dos autos à 1^a Instância para a apreciação do mérito do item V, naquilo que pertine ao levantamento quantitativo do produto HCL 100%.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PROFAZ