

PROCESSO - A.I. Nº 00575344/95
RECORRENTE - PRONOR PETROQUÍMICA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA - Acórdão CS nº 0057-21/02
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 19.08.04

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0009-21/04

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. A apresentação de decisões paradigmas que possuam divergência de interpretação da legislação feita anteriormente por outra Câmara de Julgamento ou pela Câmara Superior, com a demonstração do nexo entre as Decisões configuradoras da alegada divergência e as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, constitui requisito indispensável para o conhecimento do Recurso de Revista, condição esta, não preenchida pelo recorrente. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Revista interposto pelo contribuinte contra a Decisão proferida pela Câmara Superior (Acórdão CS nº 0057-21/02) que Negou Provimento ao Recurso Especial apresentado pelo recorrente e homologou a Decisão recorrida (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 1ª Instância para exame do seu mérito.

Sustenta a Câmara Superior na Decisão, ora recorrida 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 art. 403, I, do mesmo Regulamento define que para os efeitos deste diploma legal, 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 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 existe porque toda

- a produção de HCL 100% que não foi consumida internamente pelo contribuinte de 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, inexistente 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, inexistente;
 4. o constante no 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 previstas no art. 91, IV, do RICMS/89.
- 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 o valor pelo qual é comercializado este produto através de tal contrato;
 - o procedimento adotado pelos autuantes está correto, de acordo com o diligente da IFESP;
 - o recorrente em nenhum momento forneceu qualquer tipo de subsídio para que os autuantes, e após, o diligente 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.

Conclui pelo Não Provimento do Recurso Especial para homologar a Decisão Recorrida, pois este item da autuação não é Nulo, e determinar o retorno dos autos à 1ª Instância para apreciação do seu mérito.

Insatisfeito com a referida Decisão o recorrente interpôs Recurso de Revista, no qual alega as seguintes razões: falta de sustentação legal para o item 5 do lançamento tributário, haja vista a irregularidade do arbitramento da base de cálculo e nulidade do procedimento, tendo em vista que não há previsão para que seja feita auditoria de estoque em estabelecimento industrial.

A representante da PGE/PROFIS à fl. 904 sustentou primeiramente o julgamento de mérito a ser realizado pela 1ª Instância, com intimação regular do contribuinte, para só depois o presente Recurso de Revista seguir seu curso normal, mediante Parecer conclusivo da PGE/PROFIS.

À fl. 906 a representante da PGE/PROFIS afirmou que não merece reparo a Decisão da Câmara, haja vista restar evidente no lançamento sob apreço, a falta de emissão dos documentos fiscais necessários à apuração do imposto pelos meios convencionais. Aduz ainda que nas decisões paradigmas o que restou provado foi a possibilidade da apuração do imposto pelos meios ordinários.

Em razão disso, opina pelo Não Provimento do presente Recurso de Revista.

Concluída a instrução o presente PAF foi pautado para julgamento da sessão realizada em 25 de setembro de 2003. Na assentada do julgamento o Conselheiro José Raimundo Ferreira dos Santos pediu vistas do processo.

Em 17/12/03 o recorrente protocolou petição requerendo o encaminhamento do presente PAF ao setor competente, para fins de que, após contabilizados os pagamentos já efetuados, seja apurada a existência de saldo devedor inclusive do item 5, objeto do Recurso de Revista, excetuando-se tão somente o crédito apurado nos itens III e IV. O recorrente pretende valer-se dos benefícios da anistia para fins de quitá-lo.

VOTO VENCIDO

Inicialmente verifico que o cotejo das Decisões (a ora recorrida e as paradigmas relativas ao arbitramento da base de cálculo) leva-nos à conclusão de que o requisito da admissibilidade exigido para o conhecimento do Recurso de Revista encontra-se preenchido.

Assim, voto pelo CONHECIMENTO do Recurso de Revista.

No mérito, deixo apreciá-lo, tendo em vista que fui vencido na preliminar supra.

VOTO VENCEDOR

Peço *venia* para divergir do Ilustre Conselheiro relator deste PAF em relação ao preenchimento do requisito legal para admissibilidade do presente Recurso de Revista. Quando da sua interposição, o art. 169, inciso II, “a” do RPAF/Ba, então em vigor, previa que caberia à Câmara Superior ***“Recurso de Revista, quando a decisão de qualquer Câmara divergir da interpretação da legislação feita anteriormente por outra Câmara ou pela Câmara Superior, devendo ser demonstrada pelo recorrente o nexo entre as decisões configuradoras da alegada divergência e as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”***.

A Decisão recorrida, Acórdão CS nº 0057-21/02, manteve inalterada a Decisão da 1ª CJF nº 2136-11/01 a qual, afastou a nulidade atribuída ao levantamento quantitativo efetuado em relação ao produto “HCL 100%” e determinou que os autos retornassem à 1ª Instância para exame e julgamento do mérito.

Para chegar a essa conclusão, entendeu o então relator da Decisão recorrida, que para o cálculo do preço médio unitário, no caso em tela, onde se apurou omissão de saídas através de levantamento quantitativo, que:

- não se pode apurar o preço médio das saídas praticadas pelo contribuinte pois toda produção de HCL 100% foi dada saída sem emissão de nota fiscal e inexistente valor de venda fornecido pelo recorrente;
- impossibilidade de se apurar o preço médio praticado por outro estabelecimento da mesma praça já que tal produto não é fabricado ou comercializado por outro estabelecimento;
- que o valor do preço médio unitário arbitrado pela fiscalização encontra respaldo no art. 91, IV do RICMS/89, então vigente.

Está claro, ainda, na Decisão recorrida, que o produto HCL 100% é fornecido pelo recorrente à outra empresa (CPC) mediante contrato existente desde 10/11/1980 enquanto o recorrente não apresentou até o momento o valor pelo qual é comercializado este produto através do referido contrato, destacando, ainda, que a diligência realizada apurou que o “consumo interno” desse produto, indicado nos relatórios de produção, não foram valorados pela contabilidade, tendo a diligência concluído que o procedimento dos autuantes está correto.

A vista destes argumentos, concluiu o Sr. relator o seu voto nos seguintes termos:

“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 1ª Instância para apreciação do seu mérito”.

Isto posto, cabe agora analisar as decisões apresentadas pelo recorrente a título de paradigma, para fim de atendimento ao requisito legal para admissibilidade do Recurso de Revista.

De imediato, observo que o recorrente não indicou de forma precisa a Decisão divergente e a conseqüente demonstração da identidade jurídica da mesma com a recorrida. E isto está bastante claro já que a totalidade das decisões cujas ementas estão transcritas na peça recursal (fls. 762 a 768) não guardam o nexó configurador da divergência com a Decisão recorrida, tanto que o recorrente omitiu este ponto fundamental em seu Recurso de Revista. Todas as decisões apresentadas em paradigma refletem situações que se afiguram totalmente divorciadas da que aqui se examina. O que discute a empresa recorrente, neste momento, é apenas a fixação do valor do preço médio unitário para o produto HCL 100%, posto que, o próprio recorrente reconhece que o comercializou sem emissão de documentos fiscais e não forneceu qualquer elemento que possibilitasse aos autuantes determinar o valor real do preço que praticou em tais operações. Portanto, não há na peça recursal, a indicação de qualquer Decisão que se assemelhe ao caso confrontado.

Por todo o exposto e arrimado no art. 173, III do RPAF/BA (redação vigente à época da interposição do Recurso de Revista), voto pelo NÃO CONHECIMENTO do presente Recurso de Revista.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO CONHECER** o Recurso de Revista 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 das penalidades que totalizam **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 1ª Instância para a apreciação do mérito do item V, naquilo que pertine ao levantamento quantitativo do produto HCL 100%.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) Carlos Fábio Cabral Ferreira, Ivone de Oliveira Martins, Tolstoi Seara Nolasco, Ciro Roberto Seifert, César Augusto da Silva Fonseca, e Antonio Ferreira de Freitas.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as) Marcos Rogério Lyrio Pimenta, José Carlos Barros Rodeiro, Fauze Midlej, José Raimundo Ferreira Santos e Rosa Maria dos Santos Galvão.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR/VOTO VENCIDO

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS