

A. I. Nº - 281076.0003/00-8  
AUTUADO - ENGEPACK EMBALAGENS S/A  
AUTUANTE - SÉRGIO CABRAL LIBERATO DE MATTOS  
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO  
INTERNET - 10.12.02

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0408-01/02

**EMENTA:** ICMS. BASE DE CÁLCULO. TRANSFERÊNCIAS COM PREÇO INFERIOR AO CUSTO DE PRODUÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nos casos de transferências, a base de cálculo não pode ser inferior ao custo da mercadoria, quando produzida ou fabricada pelo próprio estabelecimento, por existir regra específica. O 3º item do Auto de Infração é procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**, em consonância com o Acórdão CJF 0211-11/02. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/11/2000, foi julgado na 1ª Instância através do Acórdão JJF nº 2152-02/01, tendo sido julgado nulos os itens 1, 2 e 3, da acusação fiscal.

O processo retornou a esta Junta de Julgamento para nova apreciação, desta vez, apenas quanto ao mérito da irregularidade apontada no 3º item da autuação, que trata da seguinte irregularidade:

- Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$5.742,72, em virtude de ter efetuado saídas de produtos em transferência para estabelecimento situado em outra Unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção, nos meses de outubro/95, fevereiro e março de 1996, conforme demonstrativo à fl. 27.

O sujeito passivo por intermédio de advogado legalmente constituído, em seu recurso às fls. 76 a 103, após transcrever os fatos que deram origem ao lançamento tributário, argui a improcedência da ação fiscal com base nos seguintes argumentos.

Infração 03 - (saídas por transferência de produtos com preço inferior ao custo de produção) - esclareceu que o "PET", na condição de matéria prima para o produto que fabrica (Pré-Formas e Garrafas de Plásticos), no período da autuação era inteiramente importado do exterior, cujo preço de aquisição sofria majoração em função da flutuação do dólar, enquanto que os produtos vendidos aos clientes previamente contratados eram irreajustáveis. Informou que ocorreu um aumento do preço deste produto, em razão da ocorrência de um incêndio numa fábrica do fornecedor localizado na Ásia, e que não deveria ser penalizado com uma nova cobrança do ICMS na mesma operação.

Sob os aspectos jurídicos-contábeis, o defendente alegou que o autuante desobedeceu ao artigo 70, inciso III, alínea "b", do RICMS vigente à época, pois, para encontrar o custo de mercadoria produzida, valeu-se dos custos indiretos de fabricação, tais como, depreciações, amortizações, despesas administrativas, manutenção de máquinas e equipamentos, despesas com veículos, entre outras. Argumentou que o referido dispositivo regulamentar objetiva e determinava que seja levado em consideração apenas "a soma do custo da matéria prima, material secundário, acondicionamento e mão de obra", não sendo devidas a inclusão dos gastos gerais de fabricação na base de cálculo do imposto nas transferências. Diz que o trabalho fiscal levou em conta valores não expressamente

previstos no artigo 70, III, b, do RICMS, pois, tomou indevidamente por base o total da produção do mês, através das fichas de estoque de cada produto utilizadas na empresa, ao invés do custo diretamente alocável ao produto fabricado, superestimando os custos, uma vez que a documentação utilizada envolve custos de produção úteis para o cálculo do imposto de renda.

Sustentou que o valor tributável não é o custo total da produção inseridos nas fichas de estoque, visto que, nelas estão incluídos os custos indiretos de produção, entendendo que deve ser considerado apenas o custo direto da produção composto da soma da matéria-prima, do material secundário, do acondicionamento e da mão de obra.

Além disso, discordou do procedimento do autuante em incluir, no cálculo do custo, o ICMS por dentro, adicionando este valor à base de cálculo do próprio imposto. Entendeu que o ICMS não é custo, e que no caso das indústrias, quando o produto é acabado traz consigo já definido o seu custo de produção, o qual, não contém o ICMS. Frisou que é nas saídas posteriores do produto que se apõe o imposto, mediante a regra da proporcionalidade, calculada a 0,83 ou 0,93 ou 0,88, conforme alíquota aplicável seja de 17%, 7% ou 12%, e que neste caso, não foi adotado esta regra pelo autuante.

Prosseguiu, desta feita argumentando que se ficasse provado que o estabelecimento transferiu mercadorias por valores inferiores ao custo de produção, de acordo com o artigo 99, VI, do RICMS vigente à época, seria cabível o estorno proporcional do crédito, o que não foi adotado pelo autuante, pois optou incorretamente em cobrar a diferença do imposto na saída. Concluindo, o defendente diz que este item é improcedente, uma vez que ao invés de exigir o estorno proporcional dos créditos, foi exigido o pagamento da diferença do ICMS pela saídas, alterando o fulcro da autuação, não podendo, assim, ser objeto de julgamento.

Na informação fiscal, o preposto fiscal autuante informou que a base de cálculo mínima para a infração 03, tratando-se de transferências para outro Estado, deve ser a indicada no artigo 70, III, “b”, do RICMS/89, ou seja, o custo atualizado da mercadoria produzida, assim entendido a soma do custo da matéria prima, material secundário, acondicionamento e mão-de-obra, os quais, representa o custo variável de produção, conforme planilhas às fls. 27, e 60 a 61.

Discorda da alegação defensiva de que foi incluído por dentro o ICMS, dizendo que bastam serem analisadas as planilhas constantes nos Anexos I e II, para constatar que não procede tal alegação.

No tocante a alegação de que deveria ser utilizado o estorno de crédito, conforme estabelece o artigo 99, VI, do RICMS/89, o autuante após transcrever o citado dispositivo regulamentar e o artigo 72, II, argumenta que o estorno de crédito deve ser efetuado quando o contribuinte se credita de algum insumo ou matéria prima sem saber que posteriormente não ocorrerá uma saída tributada ou que haverá uma saída com redução da base de cálculo. Diz que não é o caso presente, pois todas as saídas efetuadas pela impugnante no período constantes na infração 03, são tributadas e sem redução da base de cálculo. Cita o artigo 72 do mesmo regulamento, frisando que não é permitida a ocorrência de saídas com preço (base de cálculo) inferior ao custo de produção.

A 1ª Instância, através do Acórdão JJF nº 2152-02/01, em relação aos itens 1, 2 e 3 do auto de infração decidiu pela nulidade.

Na apreciação do processo, em grau de Recurso de Ofício, a 1ª Câmara de Julgamento, mediante Acórdão nº CJF 0211-11/02, afastou a nulidade decretada pela Junta de Julgamento Fiscal, apenas em relação ao 3º item da acusação fiscal, para julgamento de mérito do referido item.

O autuado interpôs Recurso Especial contra a decisão da Câmara, em relação ao 3º item do Auto de Infração, Acórdão nº CJF 0211-11/02 e Recurso de Revista contra os itens 4, 5 e 10, julgados procedentes.

A PROFAZ, em parecer concluiu pelo não conhecimento do Recurso de Revista, por ausência dos pressupostos de admissibilidade, prevista no art. 169, II, “a”, do RPAF/99. Também, em outro parecer, opina pelo não provimento do Recurso Especial, considerando que os argumentos trazidos ao recurso já foram analisados e constituem cópia dos anteriormente apresentados na defesa. Concluiu pela manutenção da posição da Câmara, afastado a nulidade decretada pela JJF e devolvido o processo para a 1ª Instância julgar o mérito do item 3 da autuação.

À fl. 526, o autuado apresentou requerimento reconhecendo parcialmente o débito, e conforme demonstrativo anexado, à fl. 527, referente às infrações 6, 7 e 9, no total de R\$339.817,50.

Retornado a esta Junta de Julgamento para exame do mérito, em relação ao item 3 da autuação.

## VOTO

Analisando a irregularidade, objeto de nova apreciação, em especialmente os dispositivos regulamentares vigentes à época da ocorrência dos fatos, verifica-se que razão assiste a relatora da 2ª Instância, ao afirmar que a infração tipificada no terceiro item da autuação diz respeito à “transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular”, cuja disposição legal tem tratamento diferenciado de uma operação de saída, destinadas a terceiros.

A legislação tributária, no art. 70, III, “b”, do RICMS/89 (Decreto nº 2.460/89) estabelecia o seguinte:

*Art. 70. A base de cálculo do ICMS é:*

*III – na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular ou seu representante, ou no caso de o estabelecimento remetente não ter efetuado operações de vendas de mercadorias objeto da operação:*

*b) o custo atualizado da mercadoria produzida, assim entendido a soma do custo da matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão-de-obra (Conv. ICMS 3/95).*

Vale salientar que as disposições acima transcritas, continuam sem alteração, conforme redação dada através do RICMS/97, no art. 56, , V, “b”.

Assim, a falta de recolhimento do ICMS, em virtude de ter efetuado saídas de produtos em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção, nos meses de outubro/95, fevereiro e março de 1996, tem regra específica e, o seu não atendimento é passível da cobrança da diferença entre o valor da base de cálculo prevista na legislação tributária e o valor da base de cálculo indicado nos documentos fiscais. Verifica-se, inclusive que o autuante ao apresentar o demonstrativo, à fl. 27, corretamente indicou o valor do imposto exigido, levando em conta a diferença entre a base de cálculo (soma do custo da matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão-de-obra), conforme determina o item “b” do inciso III do art. 70 do RICMS/89, vigente à época da ocorrência dos fatos e a utilizada pelo contribuinte autuado.

O débito apontado no terceiro item da autuação é o abaixo demonstrado:

Data da ocorrência	Valor imposto	% multa
31/10/95	1.004,34	50%
29/02/96	2.669,66	60%
31/03/96	2.068,72	60%
total	5.742,72	-

Voto pela PROCEDÊNCIA do item 3 do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** Auto de Infração nº **281076.0003/00-8**, em consonância com o Acórdão CJF nº 0211-11/02, lavrado contra **ENGEPACK EMBALAGENS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 913.672,79**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.004,34; previstas no artigo 61, II, “a”, da Lei nº 4.825/89, com redação vigente à época dos fatos geradores, e 60% sobre R\$912.668,45, prevista no art. 61, II, “d”, III, “b” e VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89 e art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, homologando-se os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2002.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA