

**PROCESSO** - A. I. Nº 279459.0001/16-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - UNIGEL COMERCIAL S/A.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0222-02/16  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 21/09/2017

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO CJF Nº 0323-12/17**

**EMENTA:** ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA APURAÇÃO. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS COM PREÇO INFERIOR AO CUSTO DE PRODUÇÃO. O autuado acostou aos autos cópia de Nota Fiscal para comprovar que o preço utilizado para emissão da nota fiscal de transferência estava correto. Infração insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Cuidam os autos de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência em Parte do presente Auto de Infração, lavrado em 18/05/16 para imputar ao contribuinte o cometimento de duas infrações, sendo objeto do Recurso apenas a primeira imputação, como a seguir descrito:

*Infração 1 – efetuou saídas de produtos em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção. Valor do ICMS: R\$53.460,83. Multa: 60%.*

*Consta, ainda, que o contribuinte “Transferiu produto para fora do Estado com preço abaixo do custo de aquisição conforme detalhamento em planilha anexa a esse processo.”*

A Junta de Julgamento decidiu a lide com os seguintes fundamentos:

**VOTO**

*Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que os autuantes lavraram o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multa por descumprimento de obrigações acessórias decorrente de 02 infrações.*

*O autuado reconheceu à infração 02. Assim, entendo que a mesma restou caracterizada, pois não existe lide.*

*Logo, a lide persiste em relação à infração 01, na qual é imputado ao sujeito passivo ter realizado transferência de mercadoria (Etilbenzeno) para estabelecimento situado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção.*

*Consta ainda da imputação:*

*“Transferiu produto para fora do Estado com preço abaixo do custo de aquisição conforme detalhamento em planilha anexa a esse processo.”*

*Por sua vez o valor histórico autuado é de R\$53.460,83.*

*A defesa arguiu nulidade, sustentando que em razão do incorreto enquadramento da infração, pois o autuante indicou inciso II do § 8º do artigo 17 da Lei 7.014/96, quando deveria ter indicado o inciso I, do mesmo parágrafo do mesmo artigo da mesma lei.*

*Efetivamente a defesa tem razão, uma vez que ocorreu um erro na indicação do inciso em questão. Entretanto, entendo que essa falha do autuante não implicou nenhum prejuízo ao amplo e pleno direito de defesa do sujeito passivo, visivelmente caracterizados nos argumentos defensivos e na juntada dos elementos de provas, inclusive, com visto acima, a própria defesa apontou corretamente o inciso do § 8º do artigo 17 da Lei 7.014/96, correspondente a imputação consignada na infração em tela.*

*Além disso, na informação fiscal, o autuante reproduziu o inciso I do § 8º do artigo 17 da Lei 7.014/96, sendo que o autuado recebeu cópia da referida peça processual, sendo intimado para se manifestar, entretanto silenciou.*

*Ademais, observo que os autuantes na lavratura do Auto de Infração obedeceram ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, eis que, contém todos os elementos esclarecedores da acusação fiscal, tais como a descrição do fato, o enquadramento legal devidamente corrigido na informação, os valores de cada período, a multa aplicada, além do Anexo do demonstrativo de débito, no qual, consta a tabela de redução de multa, tabela de correção dos acréscimos legais, bem como o Demonstrativo que embasou a autuação, no qual consta como título: “**DEMONSTRATIVO DÉBITO DE TRANSFERÊNCIA ABAIXO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO**”*

*Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da infração 01, vez*

que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide. No mérito, a defesa destaca que, pelo que consta no demonstrativo anexado ao Auto de Infração, supostamente o auditor fiscal autuante elegeu a citada Nota Fiscal nº 26545 como parâmetro para comparação dos preços/custos da mercadoria unicamente por entender que esta tenha sido a entrada mais recente realizada naquela data, isso unicamente com base nos horários da sua emissão e da Nota de Saída nº 2538. Todavia, entende a defesa que tal procedimento se mostra totalmente equivocado, porque o horário que consta na Nota Fiscal é o da sua emissão e não a da sua entrada no estabelecimento, fato que deve ser levado em consideração, sobretudo porque podem ocorrer atrasos no transporte, na checagem, no ingresso físico da mercadoria, de sorte que é impossível afirmar a ordem em que diversas notas emitidas ou ingressadas no mesmo dia efetivamente entraram na empresa.

Entendo que o argumento defensivo deve ser acolhido, pois ao analisar a cópia na Nota Fiscais nº 26.545, fl. 67 (cópia acostado pela defesa) e fl. 74 (cópia acostado pelo autuante), a qual foi utilizada pela fiscalização para apurar o preço unitário da entrada mais recente da mercadoria, constatei que a mesma foi emitida no dia 30/01/2014, às 17:09:59 h, contendo 34,87 toneladas “Etilbenzeno”. Por sua vez, a Nota Fiscal nº 2.538, emitida pelo autuado, relativa a transferência para outro estabelecimento da mesma empresa localizado em São Bernardo do Campo, São Paulo, foi emitida no mesmo dia 30/01/2014, às 17:30:06 h, contendo 1.500,00 toneladas “Etilbenzeno”.

Portanto, entendo não ser razoável acolher a tese da fiscalização de que a última entrada do referido produto tenha ocorrido mediante a Nota Fiscais nº 26.545, considerando o horário de emissão da mesma em relação a emissão da Nota Fiscal nº 2.538, relativa a saída do produto, ou seja, em um intervalo de tem de 20 minutos, entre a emissão, carregamento, transporte no remetente, recebimento pelo contribuinte autuado, descarregamento no contribuinte autuado e faturamento na nota de transferência.

Cabe registrar que o autuante, na sua informação fiscal, silenciou sobre esse argumento defensivo, como também, na autuação inicial não apresentou nenhuma prova de que esse intervalo de tempo, de apenas 20 minutos, seria suficiente para todas essas etapas.

Também entendo ser razoável os argumentos defensivos de que o seu sistema contábil/fiscal não informa os horários exatos de ingresso de cada Nota Fiscal em seu estabelecimento ao longo de um dia, sendo possível apenas identificar as datas das emissões das notas e das respectivas entradas e, dessa forma, não poderia jamais o auditor fiscal analisar diversas notas emitidas ou escrituradas em um dia e escolher uma delas para comparar com uma determinada nota de saída em transferência, já que todas elas possuem uma mesma data, não lhe é facultado ao autuante simplesmente escolher dentre elas a que tem menor custo e atribuí-la como parâmetro para comparação.

Ademais, como bem destacado pela defesa, nesta situação a Nota Fiscal nº 2.538 acobertou a transferência de 1.500 toneladas de “etilbenzeno”, adquiridas especificamente da empresa EDN – Estireno do Nordeste através da Nota Fiscal nº 26542, fl.59, que contém o custo unitário de R\$4.170,40, com o objetivo de posterior transferência para a filial da Impugnante. Isso se comprova pelo fato de em ambas as notas constar exatamente a mesma quantidade de produto, fato que não acontece em relação a nenhuma das outras notas fiscais de aquisição datadas do mesmo dia.

Por outro lado, também restou comprovado que as demais notas emitidas pela EDN para o autuado, na mesma data, acobertam quantidades infinitamente menores de mercadoria - entre 21 e 35 toneladas apenas, o que justifica a diferença do valor unitário entre estas notas e a Nota Fiscal nº 26.542.

Logo, entendo que à infração 01 é improcedente.

Do exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	JULGAMENTO	V. APÓS JULGAMENTO
1	IMPROCEDENTE	0,00
2	PROCEDENTE	1.932,52
TOTAL		1.932,52

Em atendimento ao artigo 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

## VOTO

Constato que, na infração 1, o contribuinte foi acusado de ter realizado transferência de produto (Etilbenzeno) para estabelecimento situado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção.

Para demonstrar a discrepância no preço de transferência, o preposto fiscal utilizou a Nota Fiscal nº 26545 (emitida em 30/01/14, às 17:09:59 horas – fl. 74), por entender que havia sido a entrada mais recente ocorrida na data da saída promovida por meio da Nota Fiscal nº 2538 (emitida em 30/01/14, às 17:30:06 horas – fl. 7).

O recorrido, em sua defesa, alegou que o procedimento fiscal foi totalmente equivocado, porque o horário que consta na Nota Fiscal nº 26545, tomada como parâmetro, é o da sua emissão pelo

vendedor da mercadoria (EDN – Estireno do Nordeste S/A) e não o da efetiva entrada em seu estabelecimento, fato que, segundo ele, deve ser levado em consideração, porque podem ocorrer atrasos no transporte, na checagem e no ingresso físico da mercadoria, de sorte que é impossível afirmar a ordem em que as diversas notas fiscais emitidas no mesmo dia efetivamente ingressaram na empresa.

Pelo exame dos autos, verifico que a Junta de Julgamento Fiscal, de forma correta, acatou os argumentos defensivos, até porque não foram contestados pelo autuante em sua informação fiscal, considerando que:

1. não há nenhuma prova de que o intervalo de tempo de apenas 20 minutos, teria sido suficiente para que se procedesse às etapas de emissão, carregamento e transporte pelo remetente da mercadoria e de seu recebimento e descarregamento no estabelecimento do contribuinte autuado, em confronto com a emissão da nota de saída por transferência, objeto desta autuação;
2. é perfeitamente razoável a alegação recursal, de que o autuante jamais poderia analisar diversas notas emitidas em um dia e escolher apenas uma delas para comparar com uma determinada nota de saída em transferência, já que todos os documentos fiscais foram emitidos na mesma data e o sistema contábil/fiscal do recorrido não informa os **horários exatos** de seu ingresso ao longo de apenas um dia, sendo possível apenas identificar as datas de emissão das notas fiscais e suas respectivas entradas;
3. restou demonstrado pelo contribuinte, por fim, o seguinte:
  - a) a Nota Fiscal nº 2.538 (objeto da autuação) acobertou a transferência de 1.500 toneladas de “etilbenzeno” para sua filial, adquiridas especificamente junto à empresa EDN – Estireno do Nordeste para tal finalidade, mediante a Nota Fiscal de entrada nº 26542 (fl. 59), que contém o mesmo custo unitário de R\$4.170,40, em razão do maior poder de barganha na negociação (ambas as operações possuem a mesma quantidade – 1500 toneladas do produto, fato que não acontece em relação a nenhuma das outras notas fiscais de aquisição datadas do mesmo dia);
  - b) as demais notas fiscais emitidas pela empresa EDN – Estireno do Nordeste S/A para o autuado, na mesma data, acobertam quantidades muito inferiores da mercadoria - entre 21 e 35 toneladas apenas -, o que justifica a diferença de valor unitário entre tais documentos e a citada Nota Fiscal nº 2538, de saída por transferência.

Pelas razões acima expendidas, considero que a Decisão recorrida encontra-se bem fundamentada e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício. A repartição competente deve homologar os valores já recolhidos pelo sujeito passivo.

## 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 homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279459.0001/16-0**, lavrado contra **UNIGEL COMERCIAL S/A.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.932,52**, prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios nos termos da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS