



DECISÃO n°.: **311/2011 – COJUP**  
PAT n°.: 86/2010 – 1ª URT (protocolo n°. 42544/2010-1)  
AUTUADA: **ENGEPACK EMBALAGENS SÃO PAULO S/A**  
ENDEREÇO: Rod BR 304 – Km 03 – Centro Industrial Avançado  
Macaíba - RN  
AUTUANTE: EDMILSON RODRIGUES DE PAULA FILHO

EMENTA: ICMS – Falta de recolhimento do ICMS decorrente de lançamentos de créditos indevidos, referente ao período de 01.01.2008 a 31.12.2008, lançado extemporaneamente em 10/2009. Alegativa de que tais créditos foram motivados pela existência de transferências de mercadorias entre filiais com base de cálculo indevidamente diminuída – Não comprovação nos autos - Inexistência de notas fiscais de complementação de base de cálculo. Operações interestaduais de transferência de mercadorias entre filiais da mesma empresa não incide o Imposto Estadual, a teor da súmula 166 do STJ. Operação albergada pela não incidência não gera Crédito Fiscal junto ao seu destinatário – Inteligência da alínea “a”, II, § 2º, art. 155, CF. Defesa Intempestiva e Precária - Os Princípios da busca da verdade material dos fatos e o da oportunidade ao recurso impulsionam, na seara administrativa, a análise dos autos. AÇÃO FISCAL PROCEDENTE.

## 1 - O RELATÓRIO

### 1.1 - A Denúncia

De acordo com o Auto de Infração n°. 006594/1ª URT, lavrado em 03 de março de 2010, depreende-se que a empresa acima qualificada, teve contra si lavrado uma denúncia fiscal de **Falta de recolhimento do ICMS decorrente de lançamentos de créditos indevidos**, referente ao período de 01.01.2008 a 31.12.2008, lançado extemporaneamente em 10/2009, conforme demonstrativo em anexo, que constitui parte integrante do processo, onde foi dado como infringido o disposto no Art. 150 inciso III e XIII, c/c Artigos 108, Artigo 109 alínea “a” inciso XII, Art. 621 e Art. 948, todos do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.640/97.

Para esta ocorrência foi proposta pelo fisco a pena de multa prevista pela alínea “a”, inciso II do Art. 340 do RICMS.

Ao total, está sendo exigido da autuada R\$ 230.207,16 (duzentos e trinta mil, duzentos e sete reais e dezesseis centavos) de ICMS e R\$ 345.310,74 (trezentos e quarenta e cinco reais, trezentos e dez reais e setenta e quatro centavos) a título de multa.

Ludemilson Araújo Lopes  
Julgador Fiscal



Não foi colhida a ciência do contribuinte na peça vestibular, em razão de não ser encontrado seus responsáveis.

O relatório circunstanciado com demonstrativo da operação está posicionado nos autos às fls. 02/04, sendo que um CD com o teor dessas informações ficou no verso da fl. 05, enquanto que a Consolidação do débitos fiscais está engravado às fls. 06.

Em Termo de fls. 07, temos informações da repartição preparadora, dando conta da condição de não reincidente da autuada, no cometimento da infração denunciada.

O contribuinte toma ciência da autuação em data de 21.05.2010, através de seu bastante procurador, Sr. Wilson Medeiros da Silva, recebendo a via dos autos que lhe cabia (doc. fls. 17/18).

### 1.2 – DA IMPUGNAÇÃO

A autuada apresenta peça de impugnação à denúncia ofertada pelo fisco do Rio Grande do Norte (doc. de fls. 20/28), onde em síntese vem argumentando:

1. Que procedeu ao recolhimento, em 2008, no código 1210 (ICMS regime mensal de apuração), do valor total de R\$ 682.301,75, conforme guias de recolhimentos anexas (doc. 03), não podendo prosperar segundo alega, o argumento de que o crédito extemporâneo em análise é superior às importâncias recolhidas no exercício de 2008;

2. Que escriturou crédito extemporâneo no valor de R\$ 231.625,04, conforme cópia do livro Registro de Apuração do ICMS, relativo ao período de 01.10.2009 a 31.10.2009 (DOC. 04);

3. Que o crédito em questão é resultante da complementação da base de cálculo do ICMS nas operações de transferência de mercadorias procedidas por estabelecimento da mesma empresa situada na Bahia, objeto de Auto de Infração daquele estado, em razão do erro na determinação da base de cálculo do ICMS nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas;

4. Que teria reconhecido a procedência da primeira infração, no valor principal de R\$ 992.068,61, já tendo liquidado este valor nos termos do anexo 05;

5. Que conforme “Demonstrativo de transferência de Produtos para Outras Unidades da Federação com Base de Cálculo Inferior ao Custo de Aquisição em 2006, 2007 e 2008”, bem como das notas fiscais relacionadas, o reconhecimento da equivocada aplicação da base de cálculo abrangeu as operações de transferência para o estabelecimento ora autuado (doc. 06);

6. Que promoveu a escrituração do crédito extemporâneo em questão, dentro do prazo legal estabelecido, conforme disposto nos §§ 3º e 12 do Art. 109-A do RICMS vigente, e comunicara o fato ao fisco do Rio Grande do Norte através do Processo 234649/2009 em respeito ao disposto no inciso III do § 12 acima citado;

7. Que a nossa Carta Magna garante a utilização do crédito questionado à luz do Art. 155, § 2º, inciso I em seu princípio da não cumulatividade do imposto, como também A Lei Complementar 87/1996 em seus artigos 19 e 20 e o RICMS vigente em seu art. 105;

8. Ao final, a autuada pugna pela insubsistência da autuação e arquivamento dos autos.

Ludenilson Araújo Lopes  
Julgador Fiscal





Para corroborar com suas alegações, a autuada junta aos autos vasta documentação fiscal e administrativa (doc de fls. Fls. 19 146).

### 3. DA CONTESTAÇÃO

A autoridade fiscal responsável pela autuação se pronuncia em sede de contestação à defesa do contribuinte (doc. De fls. 148/150 v), argumentando:

a. Que a peça de defesa fora apresentada intempestivamente, à medida que um dos sócios da empresa, Sr. José Eduardo Senna Carvalho dos Santos tomou ciência do PAT em data de 19.05.2010, extrapolando o prazo regulamento de 30 dias para apresentação da mesma;

b. Que mesmo considerando-se a data de 21.05.2010 com recebimento de via do auto de infração pelo procurador da autuada, teríamos decorridos 38 dias até ao apresentação da defesa;

c. Que a repartição preparadora deixou de observar o disposto nos Art. 19 do RPPAT, combinado com o Art. 83 deste mesmo regulamento;

d. Que a autuada foi revel e a repartição preparadora agiu com incúria, pelo que requer que seja desconsiderada totalmente o conteúdo das folhas 20 a 146 dos autos, com base no inciso I do Art. 85 do RPPAT, aprovado pelo Dec. 13.796/98;

e. Que a peça de defesa de impugnação não observou o disposto nos incisos I, V e § 1º do Art. 88 do RPPAT, tornando-a imprestável aos fins que se propunha;

f. Que a autuada não anexou aos autos cópia do tal auto de infração do Estado da Bahia, impedindo o análise da matéria destacada naquele autuação, seria resultante da complementação da base de cálculo do ICMS nas operações de transferência de mercadorias procedidas por estabelecimento da mesma empresa no Estado da Bahia;

g. Que inexistente nos autos o tal "Demonstrativo de Transferência de produtos para outras Unidades da Federação com Base de Cálculo Inferior ao Custo de Aquisição em 2006, 2007 e 2008;

h. Que parece estranho o requerimento à fl. 141 dos autos, de que o suposto crédito extemporâneo foi referente a aquisições de insumos em 2008, mas agora, vem o advogado citar algo referente a 2006 e 2007;

i. que igualmente estranho é que a autuada só recebeu crédito a pagar o auto de infração 142554.0001-09-7 da Bahia, em 30.11.2009, mas lançou o suposto crédito no livro de apuração da filial do RN no mês anterior;

j. Que a legislação exige que o crédito fiscal seja baseado em correto destaque em documento fiscal, e não em livro fiscal, onde a norma do § 12 do Art. 109-A exige a escrituração do seu valor no Registro de Entradas, configurando que o impugnante não trouxe aos autos nenhuma prova de haver registrado R\$ 231.625,04 no livro Registro de Entradas;

### 2 - OS ANTECEDENTES

Consta nos autos, fl. 07, que o contribuinte não é reincidente na prática do ilícito apontado.

### DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Ludnilson Araújo Lopes  
Julgador Fiscal



Do passeio pelos autos, observo que razão assiste ao nobre autor do feito, quando propugna pelo desconhecimento da defesa carreada aos autos, seja pela sua intempestividade ou pela absoluta precariedade, ao ponto de não desencadear o litígio, restando patente que efetivamente a impugnação não preenche a todos os quesitos essenciais exigidos pela legislação regente, especialmente, por não ter sido tempestivamente apresentada. Mesmo assim, impulsionado pelos princípios da busca da verdade material dos fatos, também grifado pelo digno autor do feito, e em louvor ao direito de recurso, dela conheço.

Conhecida a presente defesa, passa-se a discorrer sobre as razões de fato e de direito que contornam o auto de infração de que cuida a inicial com a consequente prolação da decisão meritória.

### 3 – O MÉRITO

Depreende-se do relatório acima, que versa o presente processo sobre a falta de recolhimento do ICMS, em decorrência da utilização de crédito indevido, extemporaneamente lançado na escrita da autuada.

Antes de adentrar no mérito da questão propriamente dito, a meu juízo, o processo atende aos pressupostos regentes da matéria, especialmente, a ampla defesa e o contraditório, uma vez que os autos estão devidamente instruídos, pois, a inicial e demais documentos e anexos que a integram, propiciam, sem sombra de dúvidas, ao contribuinte, exercitar o seu direito de se defender com amplitude, respeitando, assim, os princípios constitucionais afetos ao tema.

De fato, não vislumbro qualquer mácula de nulidade que possa contaminar o feito de que cuida a peça vestibular; a descrição da denúncia reflete com clareza solar os fatos que realmente aconteceram e as circunstâncias em que transcorreram; o enquadramento legal guarda perfeito liame com a conduta denunciada e, finalmente, a penalidade proposta, por seu turno, emana de Lei e se revela como específica para a hipótese que se apresenta.

Demais disso, o presente lançamento ocorreu dentro do lustro decadencial, eis que se trata de fatos geradores remanescentes de outubro de 2009, portanto, teria o Estado bastante tempo para perfectibilizar o presente lançamento, sem incorrer no risco de vê seu direito perecido pela ação do tempo.

Quanto à questão de fundo, observa-se, de pronto, que a resolução da presente contenda não demanda maiores elucubrações e razão assiste ao fisco.

Com efeito, de acordo com a documentação carreada aos autos, restou incontroverso o cometimento da infração de que cuida a inicial. A propósito, a própria defesa reconhece que efetivamente procedeu ao lançamento dos créditos acoimados pelo fisco potiguar.

Em verdade, em sua impugnação, a autuada não se esquivava da denúncia, todavia, cinge-se a suscitar a tese de que os créditos extemporaneamente aproveitados são legítimos e, como tal, a seu juízo, inexistente qualquer motivação para a manutenção do feito que o censurou.

Por seu turno, o ilustre autor do feito assevera, com acerto, que embora a defesa cogite que estaria anexando eventuais elementos de prova que, na sua





ótica, comprovaria a origem dos créditos objeto do feito, de fato, nada provou, nenhum documento hábil anexou.

Compulsando-se os autos do processo, verifica-se que realmente a defesa não carrou aos autos o aludido demonstrativo revelador das diferenças de base de cálculo, como também não anexou as notas fiscais denunciadoras de tais diferenças, vale dizer, as notas outrora emitidas com a suposta impropriedade na base impositiva e aquelas que teriam sido emitidas objetivando as respectivas correções.

A propósito, não há notícias nos autos, sequer, das supostas irregularidades que teriam sido apuradas pelo fisco Baiano. Menos ainda, se aquilo eventualmente levantado pela SEFAZ da Bahia, tem algum liame com as operações preteritamente realizadas com o Rio Grande do Norte.

Na verdade, nem de longe, a ora coletada demonstrou ao fisco o necessário lastro do crédito extemporaneamente aportado em seu livro de apuração. O lançamento ocorreu à míngua de qualquer lastro documental que lhe emprestasse abrigo, como bem apontou o ilustre autor do feito.

Até mesmo da propalada autuação, supostamente ocorrida na filial Baiana, não se tem notícia nos autos, como também não consta qualquer relatório ou documento válido apontando a aventada diferença de base de cálculo a menor.

Ressente-se, igualmente, da ausência absoluta de uma explicação ou embasamento legal, justificando ou comprovando o suscitado erro de aferição de base de cálculo nas operações realizadas com a filial Potiguar, quais foram os dispositivos legais infringidos, por exemplo. De nada disso se tem notícia nos autos.

Noutro pórtico, devo dizer que a pretensão da ora impugnante cai por terra diante do posicionamento, atualmente sumulado, do colendo STJ, de que nesse tipo de operação, vale dizer, de transferência de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, não ocorre o fato gerador do ICMS, é o que se extrai da Súmula 166, encartada na decisão abaixo reproduzida:

Processo

AgRg nos EDcl no REsp 1127106 / RJ  
AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL  
2009/0042951-5

Relator(a)

Ministro HUMBERTO MARTINS (1130)

Órgão Julgador

T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento

06/05/2010

Data da Publicação/Fonte

DJe 17/05/2010

Ementa

**TRIBUTÁRIO - ICMS - TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE MERCADORIAS DA MESMA EMPRESA - NÃO OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR - PRECEDENTES.**

1. A transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se **subsume à hipótese de incidência do ICMS**, já que para a ocorrência do fato gerador deste tributo é essencial a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade.

Ludnilson Araújo Lopes  
Julgador Fiscal



2. **Incidência da Súmula 166/STJ**, que determina: "**não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte**".

3. Precedentes: AgRg no Ag 1.068.651/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 5.3.2009, DJe 2.4.2009; REsp 772.891/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.3.2007, DJ 26.4.2007, p. 219.  
Agravo regimental improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Pois bem, como visto, na hipótese de transferência interestadual de mercadorias entre filiais do mesmo contribuinte, como *in casu*, não há que se falar em incidência de ICMS, menos ainda, em base de cálculo e destaque de imposto, sob pena de se ofender à alínea "a" do inciso II do § 2º do artigo 155 da carta de 1988, abaixo reproduzido:

**Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:**

.....  
**II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;**

.....  
**§ 2º - O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:**

**I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;**

**II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:**

**a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;(g.n)**

Como visto, como nas operações de transferências de mercadorias entre as filiais do ora impugnante, sediadas em território Baiano e Potiguar, estão amparadas pela não incidência do imposto, portanto, não há o que se falar em aproveitamento de crédito eventualmente destacado no documento fiscal que acoberte tais operações e, menos ainda, de imposto complementar.

Se eventualmente, a filial Baiana se debitou de algum imposto nesse tipo de operação, que proceda ao estorno junto ao estado de origem, sendo certo, no entanto, que o Estado de origem na pode e não deve, por imperativo Constitucional, suportar crédito de operações acobertadas pelo manto da não incidência, conforme remansosa jurisprudência emanada das cortes superiores.

Ludenilson Araújo Lopes  
Julgador Fiscal



De resto, a defesa não conseguiu carrear aos autos qualquer prova de que houvera satisfeito o crédito tributário ora exigido, como também não trouxe nenhum fato novo que pudesse aranhar a robustez do lançamento oficial, que com todo denodo foi perfectibilizado pelo autor do feito no exercício de sua competência privativa e vinculada, de que cuida o artigo 3º do venerando CTN.

Destarte, não vislumbro como não se acolher a denúncia de que cuida a inicial, especialmente se levarmos em conta que o imposto tido como não recolhido foi efetivamente lançado indevidamente a título de crédito pelo próprio autuado, e por ele não estornado em tempo hábil.

### **DA DECISÃO**

Isto posto, e considerando tudo o mais que do processo consta, especialmente, o teor da impugnação e da contestação, **JULGO PROCEDENTE** o Auto de Infração lavrado contra a empresa ENGEPACK EMBALAGENS SÃO PAULO SA, para impor à autuada a aplicação da penalidade prevista pelo Art. 340, II, "a", do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640/97, que regulamentou a Lei 6968/96, no valor de R\$ 345.310,74 (trezentos e quarenta e cinco mil trezentos e dez reais e setenta e quatro centavos), sem prejuízo da cobrança do imposto no valor de R\$ 230.207,16 (duzentos e trinta mil duzentos e sete reais e dezesseis centavos), perfazendo o montante de R\$ 575.517,90 (quinhentos e setenta e cinco mil reais quinhentos e dezessete reais e noventa centavos), em valores históricos, sujeitando-se, por conseguinte, aos acréscimos monetários previstos pelo Art. 133 do mesmo instrumento regulamentador.

Remeto os autos à 1ª URT, para ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis.

COJUP, Natal, 16 de novembro de 2011.

**Ludenilson Araújo Lopes**

Julgador Fiscal