

PROCESSO - A. I. Nº 271330.0009/03-5
RECORRENTE - DOW BRASIL NORDESTE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF Nº 0058-04/04
ORIGEM - IFEP
INTERNET - 01.06.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0089-12/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO VOTO
Decisão não fundamentada prejudica o direito de ampla defesa, pois o sujeito passivo fica impossibilitado de recorrer, por não saber com precisão em que se baseou o órgão julgador ao decidir. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento para proferir nova decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de recurso Auto de Infração Nº 271330.0009/03-5, lavrado em 16/12/03 para exigir imposto, no valor de R\$ 245.923,96, em virtude de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal.

O autuado apresentara defesa tempestiva, fls. 187 a 189, impugnando a exigência fiscal relativamente ao débito tributário no valor de R\$ 51.858,27, pertinente ao item “e” do Anexo A do Auto de Infração. Segundo o autuado, a infração apontada no item “e” do citado Anexo A é nula, pois ela teria decorrido de erro material.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado apontara erro do autuante na indicação do correto número da nota fiscal referente a uma integralização de capital, lançada no seu livro Registro de Entradas de Mercadorias sem crédito de ICMS (fl. 192) e asseverara serem legítimos os créditos fiscais referentes à Nota Fiscal nº 6229, pois, conforme o artigo 29 da Lei nº 7014/96, tem direito ao crédito das mercadorias utilizadas como matéria-prima.

Fora juntada aos autos fotocópia de um DAE no valor de R\$ 194.065,69 (fl. 194) correspondente ao restante da autuação.

Ao final, o autuado solicitara que fosse decretada improcedente a glosa da apropriação do crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 51.858,27, relativo ao item “e” do Anexo A do Auto de Infração.

Na informação fiscal, fls. 220 e 221, o autuante dissera que o defendente não teria direito a se apropriar dos créditos fiscais em questão, independentemente do erro na especificação do número da nota fiscal porque a Nota Fiscal nº 6229 (fl. 190) é referente a integralização de capital, na transferência de ativos da Pronor para a então Isopol e que nesse tipo de operação não há incidência do ICMS, conforme dispõe o artigo 6º, inciso XI, alínea “b”, do RICMS-BA/97 e porque em relação a várias notas fiscais de integralização de capital em favor da Isopol, como a que ora se refere o julgamento, não tiveram o crédito fiscal apropriado pela empresa destinatária (fl. 192) e os correspondentes débitos foram estornados pela empresa emitente (fl. 89) e que, como o ICMS é não-cumulativo, não há como se permitir um crédito que não seja precedido de um débito. Por isso, solicitara a procedência do Auto de Infração.

O digno relator da 4ª. JJF não acatou a alegação defensiva de que a exigência fiscal pertinente ao item “e” do Anexo A do Auto de Infração seria nula em razão de o autuante ter se referido à Nota Fiscal nº 6299, quando o número correto do documento fiscal era 6229 porque o autuado entendeu que o autuante se referia à Nota Fiscal nº 6229 e, além disso, foi o próprio autuado quem

primeiramente citou, de forma errada, o número do documento fiscal, conforme se pode verificar no demonstrativo de fl. 72.

Quanto ao mérito, disse o digno relator ter constatado que na operação em tela não haveria incidência do ICMS, já que o artigo 6º, inciso XI, alínea “b”, do RICMS-BA/97, prevê a não incidência do imposto na operação interna decorrente da transmissão de propriedade nos casos de incorporação. Disse, também, que considerando que a operação em tela ocorre sem a incidência do ICMS, não poderia haver a apropriação do crédito fiscal utilizado pelo autuado, em conformidade com o disposto no § 2º do art. 29 da Lei nº 7014/96, o qual prevê que não dará direito fiscal a crédito a entrada de mercadoria resultante de operações isentas ou não tributadas. Disse, por fim, que a emitente da nota fiscal estornara os débitos que não foram aproveitados pela destinatária, em face do que, considerou que foi correto o procedimento do autuante, sendo devidos os valores exigidos no lançamento. E assim votou pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com homologação do valor já pago.

Em seu Recurso Voluntário de fls.239 a 242, o autuado, ora recorrente, alegou que a Decisão recorrida baseara-se no entendimento de que teria havido incorporação, o que não acontecera, posto que as empresas envolvidas sobreviveram e não foram, portanto, incorporadas. Além disso alegou que o estorno de débitos não diz respeito a ela.

Ouvida a PGE/PROFIS, sua representante Dra. Maria Dulce Balleiro Costa, manifestou-se pela nulidade da decisão, porque a fundamentação destoa da acusação fiscal, orientando quanto ao que deveria ter sido apreciado, Isto é, para que se aprecie se a destinatária das mercadorias tinha o direito ao crédito e se este crédito é transmissível para a autuada na condição de sucessora.

VOTO

Acolho o parecer opinativo da douta representante da PGE/Profis, por entender que a Decisão recorrida revela o vício nulificador apontado no referido parecer opinativo, tendo em vista que a decisão baseou-se em fato não provado, ou seja que o creditamento resultou de incorporação, que seria caso de não incidência, quando o que a autuada pretendeu foi sub-rogar-se no direito de crédito da empresa incorporada .

Esclarecendo, o crédito que o autuado pretende ver reconhecido teria sido decorrente da integralização do capital, estando ele legitimado neste momento para, embora extemporaneamente, exigir o crédito a que a empresa incorporada teria direito desde a data da integralização do capital. Ou seja, o fato que daria o direito ao creditamento não foi a incorporação, mas a integralização de capital que ocorreria no passado.

Transcrevo do voto do digno relator do processo em 1ª Instância administrativa:

“Adentrando no mérito, constato que na operação em tela não há incidência do ICMS, já que o artigo 6º, inciso XI, alínea “b”, do RICMS-BA/97, prevê a não incidência do imposto na operação interna decorrente da transmissão de propriedade nos casos de incorporação. Para melhor entendimento da questão, transcrevo abaixo o citado dispositivo regulamentar:

Art. 6º O ICMS não incide nas seguintes situações:

[...]

XI - operação interna de qualquer natureza decorrente da transmissão da propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie, havendo a continuidade das atividades do estabelecimento pelo novo titular, inclusive nas hipóteses de transferência:

[...]

b) em caso de sucessão "inter vivos", tais como venda de estabelecimento ou fundo de comércio, transformação, incorporação, fusão ou cisão;

Considerando que a operação em tela ocorre sem a incidência do ICMS, não poderia haver a apropriação do crédito fiscal utilizado pelo autuado, em conformidade com o disposto no § 2º do art. 29 da Lei nº 7014/96, o qual prevê que não dará direito fiscal a crédito a entrada de mercadoria resultante de operações isentas ou não tributadas. Ademais, como bem salientou o autuante, a Pronor Petroquímica S.A. estornou os débitos que não foram aproveitados pela Isopol Produtos Químicos S.A., conforme se pode observar à fl. 89.

Em face do comentado acima, considero que foi correto o procedimento do autuante, sendo devidos os valores exigidos no lançamento.”

Ora, vê-se que o digno relator fundamentou sua decisão no disposto no 2º do art. 29 da Lei n. 7.014/96 que, não reflete a disposição regulamentar que transcrevera em seu voto, mas que veda os créditos relativos a operações não tributadas.

Se a operação foi ou não tributada de fato, é matéria para verificação fiscal, de que poderá ou não decorrer o reconhecimento do crédito. É este o fato que merece ser analisado.

Pelo acima exposto, voto pela modificação da Decisão recorrida e conseqüente Provimento do Recurso Voluntário, para que seja declarada NULA a Decisão recorrida e que os autos retorne à 1ª Instância para novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário e anular a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 271330.0009/03-5, lavrado contra **DOW BRASIL NORDESTE LTDA.**, devendo o processo retornar à 1ª Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSÊCA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS