

A. I. Nº - 271330.0009/03-5
AUTUADO - DOW BRASIL NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - JORGE VICTOR GRAVE
ORIGEM - IFEP
INTERNET - 02. 09. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0319-04/04

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. LANÇAMENTO EXTEMPORÂNEO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado nos autos que parte dos créditos contestados se trata de créditos fiscais legítimos pertencentes a empresa sucedida pelo sujeito passivo, na qualidade do sucessor por incorporação. Rejeitada a alegação de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/12/03, cobra ICMS no valor de R\$245.923,96, acrescido da multa de 60%, pela utilização indevida de crédito fiscal do imposto em valor superior ao destacado no documento fiscal em dezembro de 2002. Foi observado, no corpo do Auto de Infração, que se tratava de crédito extemporâneo referente ao processo de nº 011614/2003-0.

O autuado apresentou defesa (187/189) impugnando parcialmente a exigência fiscal no valor de R\$51.858,27, cujo teor da irregularidade, que transcreveu, encontrava-se consignado no item “e” do Anexo A do Auto de Infração.

Inicialmente afirmou que parte do imposto cobrado, e no momento contestado, era nula devido a erro material cometido pela fiscalização e explicou. Disse que a nota fiscal que serviu de base para o creditamento era a de número 6229 (fl. 190), no valor total de R\$ 662.396,45 e com ICMS destacado de R\$ 112.607,40. Este documento serviu para a integralização de capital e estava registrado no livro Registro de Entradas sob o nº 010298. Foi emitido com uma relação onde constava o estoque de mercadorias da emitente do documento, cujas mercadorias foram destinadas ao uso e consumo e matéria prima do impugnante. Porém, a Nota Fiscal nº 6299, de 1/2/98, da Pronor Petroquímica S/A (valor do ICMS de R\$51.858,27) foi a que a fiscalização indicou como a emitida para integralização do capital. Entretanto, embora no relatório de crédito extemporâneo constasse o número errado da nota fiscal, foram mencionados os produtos e valores creditados que coincidem com as matérias-primas consignadas no anexo da Nota Fiscal nº 6229. Informou que não havia se creditado do ICMS relativo às mercadorias destinadas ao uso e consumo do próprio estabelecimento.

No entanto e no mérito, asseverou serem legítimos os créditos fiscais referentes à Nota Fiscal nº 6229, pois, conforme o art. 29 da Lei nº 7014/96, tem direito ao crédito das mercadorias utilizadas como matéria-prima.

Anexando aos autos fotocópia do DAE no valor de R\$ 194.065,69 (fl. 194) correspondente ao valor reconhecido da autuação, requereu a improcedência da parte impugnada.

Em sua informação fiscal (fls. 220/221), o autuante asseverou que a empresa não tinha o direito a se apropriar dos créditos fiscais em questão, independentemente do erro na especificação do número da nota fiscal. Observou a Nota Fiscal nº 6229 (fl. 190) era oriunda da integralização de capital,

quando da transferência dos ativos da Pronor para a então Isopol. Nesta situação não havia incidência do ICMS, conforme dispõe o art. 6º, XI, “b”, do RICMS/97.

Prosseguindo em seu arrazoado, afirmou que a Pronor emitiu várias notas fiscais de integralização de capital em favor da Isopol, porém algumas das notas fiscais, como a ora impugnada, não tiveram o crédito fiscal, nelas consignados, apropriado por essa última empresa (fl. 192) e os correspondentes débitos foram estornados pela primeira (fl. 89). Frisou que, como o ICMS é não-cumulativo, não há como se permitir um crédito que não seja precedido de um débito.

Observou que a Pronor encerrou suas atividades e presumiu que, com esta atitude, existiu um “planejamento tributário” visando a transferência de créditos fiscais que seriam “perdidos” com o fim da atividade da citada empresa.

Ratificou o procedimento fiscal.

A 4ª JJF, através do Acordo nº 0058-04/04 decidiu pela procedência total do Auto de Infração, considerando que a operação em lide ocorreu sem a incidência do ICMS. Assim, não poderia haver a apropriação do crédito fiscal, em conformidade com o disposto no § 2º do art. 29 da Lei nº 7014/96. Ademais, a Pronor Petroquímica S.A. estornou os débitos que não foram aproveitados pela Isopol Produtos Químicos S.A.

Inconformado com a decisão proferida pela 4ª JJF, o autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 239/242), quando alegou que a Decisão recorrida baseara-se no entendimento errôneo de que teria havido incorporação. Porém isto não havia acontecido, vez que as empresas envolvidas sobreviveram e não foram, portanto, incorporadas. Além disso alegou que o estorno de débitos feito pela Pronor não lhe dizia respeito, já que o seu direito ao crédito fiscal sobre as matérias primas indicadas no documento fiscal não estava em discussão.

Ouvida a PGE/PROFIS (fl. 303), esta se manifestou pela nulidade da decisão, porque a sua fundamentação destoava da acusação fiscal, orientando quanto ao que deveria ter sido apreciado, ou seja, se a destinatária das mercadorias tinha o direito ao crédito e se este crédito era transmissível para o autuado na condição de sucessor.

A 2ª CJF, através do Acórdão CJF Nº 0089-12/04 decidiu pela nulidade da decisão da Primeira Instância por falta de fundamentação no voto, que prejudicou o direito de ampla defesa, pois o sujeito passivo ficou impossibilitado de recorrer, por não saber com precisão em que se baseou o órgão julgador ao decidir. Os autos foram devolvidos à Primeira Instância de julgamento para proferir nova decisão.

VOTO

Preliminarmente não posso acatar a arguição de nulidade levantada pelo impugnante quanto à matéria em discussão pelo fato do autuante ter se referido à Nota Fiscal nº 6299, quando o número correto do documento fiscal era 6229. O erro material foi esclarecido pelo próprio defendente que explicou de maneira clara e apropriada a situação trazendo aos autos, inclusive, as provas materiais e se defendeu com base na Nota fiscal nº 6229 e não naquele de nº 6299. Ressalto que o próprio autuado cometeu o mesmo erro, conforme demonstrado à fl. 193, quando relacionou os materiais no documento de nº 6229 como se fosse 6299.

No mérito, o lançamento trata da utilização indevida de créditos fiscais que a empresa autuada lançou extemporaneamente na sua escrita fiscal. Comunicou à Repartição Fiscal todos os créditos

extemporâneos utilizados através do processo nº 011.614/2003-0. Destes, a fiscalização estadual não acatou o valor de R\$245.923,96, utilizados em dezembro de 2002, e que constitui o valor do imposto cobrado no presente Auto de Infração.

O autuado acatou o valor de R\$ 194.065,69 e impugnou a exigência fiscal referente à Nota Fiscal nº 6229, emitida pela Pronor Petroquímica S/A, no valor de R\$51.858,27, pois conforme art. 29 da Lei nº 7014/96, seu direito ao crédito das mercadorias utilizadas como matéria-prima está assegurado.

Por sua vez, o autuante não acatando as razões de defesa, ressaltou que a Nota Fiscal nº 6229 era oriunda da integralização de capital, quando da transferência dos ativos da Pronor para a então Isopol, não havendo a incidência do ICMS, conforme dispõe o art. 6º, XI, “b”, do RICMS/97.

Em primeiro lugar, as mercadorias constantes na Nota Fiscal nº 6229 e que ora estão em discussão constituem matéria prima da empresa. Este fato, em qualquer momento, foi questionado.

Em segundo lugar, a Isopol, à época da integralização do capital, não utilizou os valores ora apropriados. Esta informação foi fornecida pelo próprio autuante que apontou, como prova, cópia reprográfica do livro Registro de Entradas do autuado apensado ao PAF (fl. 192).

Em terceiro lugar e sendo o cerne da questão, como bem colocou a PGE/PROFIS, é saber se tem cabimento o creditamento pela Isopol S/A referente a estas matérias primas, quando as recebeu da Pronor, a título de integralização de capital e se este crédito é transmissível ao seu sucessor, ou seja, ao autuado.

Em 1/2/1998, a Isopol Produtos Químicos S.A. aprovou em Assembléia Geral Extraordinária o aumento de seu capital social. A subscrição das ações foi realizada pela Pronor Petroquímica S.A e a Companhia Brasileira de Poliuretanos. Estas ações foram integralizadas com bens pertencentes às duas empresas subscritoras (fls. 270/279). Nesta operação não houve fusão, cisão, transformação ou mesmo incorporação de uma empresa com a outra, apenas, volto a frisar, uma subscrição de capital na forma citada e dentro da legalidade. Em sendo assim, a norma inserta no o art. 6º, XI, “b”, do RICMS/97, não pode, no caso em análise, ser aventada e a Isopol, á época, poderia ter utilizado os créditos fiscais decorrente desta operação, vez que as saídas subseqüentes foram tributadas, fato este aqui não argüido, com base no art. 93, I, “b”, do RICMS/97 que textualmente determina:

Art. 93 – Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I – o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos (grifo):

a) ...

b) de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem para emprego no processo de industrialização.

Neste momento observo que se a Isopol não utilizou os créditos a que tinha direito e se a Pronor estornou os débitos, estes fatos não interferem, em qualquer momento, nas determinações legais. Em resumo, a Isopol tinha direito em utilizar os créditos fiscais em discussão não o fazendo.

Em maio de 2003, a Dow Brasil Nordeste Ltda. incorporou a Isopol Produtos Químicos S.A.(fls.198/214 do PAF). Neste caso, a Dow, empresa autuada, é sucessora de direitos e obrigações tributárias da Isopol, por incorporação. Ressalto, neste momento, que aqui se estar a falar de direitos, pois os créditos em discussão já pertenciam, desde 1998 à Isopol, quando, ai sim, houve uma circulação de mercadoria para quitação de integralização de capital de uma empresa para outra

sem qualquer sucessão “inter vivos”. Assim, sendo direito não apropriado da empresa sucedida os créditos fiscais em discussão, a sua sucessora (autuada), legalmente, poderá utilizá-lo.

Pelo exposto, voto pela procedência parcial da autuação com a homologação do valor já recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 271330.0009/03-5, lavrado contra **DOW BRASIL NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$194.065,69**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, homologando-se os valores efetivamente já recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

LUIS ROBERT DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR