

A. I. Nº - 206891.0033/09-9
AUTUADO - PIRELLI PNEUS LTDA.
AUTUANTES - MARCOS ANTÔNIO S. CARNEIRO, PAULO CESAR DA SILVA BRITO, JOAQUIM MAURÍCIO DA M. LANDULFO e JOILSON SANTOS DA FONSECA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 21/08/2012

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0179-03/12

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À LEGALMENTE PREVISTA. DECADÊNCIA. Conforme Parecer PGE/PROFIS acostado ao presente PAF, ficou caracterizado no caso concreto, que a Fazenda Estadual poderia ter exercido seu direito até o dia 31/12/007. Como o presente lançamento de ofício foi efetuado em 28/12/2009 foi operada a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual lançar o tributo. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/12/2009, refere-se à exigência de R\$144.811,81 de ICMS, acrescido da multa de 60% pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais, com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior à estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolo.

Consta, na descrição dos fatos, que se trata de renovação de ação fiscal a salvo de falhas, conforme Acórdão CJF Nº 0317-11/09; que foi efetuado o estorno de crédito de ICMS na forma da LC 87/96, em virtude de a base de cálculo do ICMS nas operações de transferências de produtos industrializados para filiais localizadas neste Estado ser maior que a prevista no art. 13, § 4º, II da mencionada LC. Foi informado, também, que a autuação foi baseada na planilha de custo de produção apresentada pelo autuado, que o fez tanto em meio físico, quanto em meio eletrônico, onde consta a discriminação dos itens dos custos de produção, por código de produto. Foram expurgadas as seguintes rubricas, por não serem parte integrante de matéria-prima, nem de mão-de-obra, nem de material secundário; tampouco de acondicionamento: manutenção variável e fixa, energéticos variável e fixo; outros fixos; depreciação.

O autuado, em sua impugnação às fls. 135 a 162 do PAF, após comentar sobre a tempestividade da defesa e fazer uma síntese dos fatos, assegura que não há como prosperar esta autuação, seja pela decadência do direito de lançar o crédito tributário, seja pela legitimidade do procedimento adotado pelo impugnante, seja pela inexistência de dano ao Erário baiano. Assim, o defendente apresenta preliminar de decadência, com base no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN, considerando que os fatos geradores objeto da autuação se referem ao período de janeiro a dezembro de 2002, e já se passaram mais de oito anos da ocorrência dos fatos geradores. Transcreve o mencionado art. 150 do CTN, cita ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho e decisões do Tribunal de Justiça da Bahia. Salienta que o autuante alterou por diversas vezes os fundamentos da autuação, modificando o critério jurídico inicialmente adotado, e incluindo novas matérias que não teriam sido objeto do lançamento. Diante de tamanhas irregularidades, diz que a 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em decisão mantida pela 1ª Câmara de Julgamento do CONSEF, julgou nulo o lançamento, reconhecendo a insegurança jurídica. Reproduz trecho do voto do relator da 1ª CJF. Diz que o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 964.018 entendeu ser impossível aplicar o disposto no art. 173, II do CTN quando a anulação do auto de

infração originário se deu em razão da existência de vício material, mais especificamente, quando a anulação se deu em razão de vícios dos elementos essenciais do ato administrativo.

No mérito, o autuado alega impossibilidade de glosa dos créditos fiscais, pela correta interpretação do art. 13, § 4º, II da LC 87/96. Alega que o custo da mercadoria produzida é um conceito absolutamente abstrato, porque cada processo produtivo é único, sendo inapropriado se buscar na literalidade desse dispositivo legal uma definição única. Entende que não há como deixar de lado verdadeiros custos de produção, como, por exemplo, componentes de amortização, manutenção, depreciação e exaustão, em prol da definição prevista na lei. Sobre o custo de produção, destaca a definição elaborada pelo Instituto dos Auditores Independentes do Brasil e o conceito preconizado pelo Prof. Eliseu Martins. Portanto, afirma que se depreende das conceituações mencionadas anteriormente, todos os gastos relacionados intrinsecamente com o processo produtivo seriam passíveis de apropriação como custo, excluindo apenas os dispêndios não claramente relacionados, tais como, despesas financeiras, de administração, de vendas, ou fatores de produção utilizados para outras finalidades que não de fabricação. Diz que o disposto no art. 290, do RIR – Regulamento do Imposto sobre a Renda corrobora o entendimento pela necessidade de composição do custo de produção de forma mais abrangente, e que, ao se referir ao custo de produção, como sendo o somatório dos custos relativos à matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, quis o legislador federal se referir àqueles custos que comumente fazem parte do processo de produção, sem, contudo, elencá-los de forma taxativa, mesmo porque, como foi dito anteriormente, é impossível prever todos os custos incorridos em todos os processos produtivos, de forma não individualizada. Diz que, se a Lei Complementar assim o fizesse, incorrendo na vã tentativa de elencar todos os custos possíveis, e passíveis de creditamento, relativos aos inúmeros processos industriais, estaria ela permitindo, de forma ilegítima, o creditamento de alguns custos previstos pela lei, por parte de empresas que sequer o utilizariam no seu processo produtivo. Entende que a interpretação mais adequada do disposto no art. 13, § 4º, II, da LC 87, é aquela no sentido de que cada contribuinte possui um processo produtivo próprio, com seus respectivos custos de produção igualmente individualizados. Nesse sentido, desde que o contribuinte respeite a assertiva de apenas elencar os elementos que compõe o seu custo de produção para compor a base de cálculo do ICMS nas operações de transferência, não há como questionar a legitimidade do procedimento adotado. Comenta sobre o posicionamento dos demais Estados, citando a Decisão Normativa CAT 5/05, da Coordenação da Administração Tributária do Estado de São Paulo. Assevera que a Lei Complementar nº 87/96, ao definir a base de cálculo do ICMS nas operações de transferência, não elencou os elementos do custo de produção de maneira de taxativa, sendo que a melhor interpretação da referida norma, tal como veiculado pelos Estados de São Paulo e de Minas Gerais, é aquela que considera o processo do contribuinte em particular. Portanto, o defendente entende que está correto o procedimento adotado, no tocante ao creditamento de ICMS sobre os componentes de depreciação, amortização, manutenção, exaustão e energético do custo de produção de suas mercadorias. O defendente também alega que não houve prejuízo ao Fisco baiano, e caso esta Junta de Julgamento Fiscal entenda que não merecem ser acolhidos os argumentos invocados pelo impugnante, a despeito da sua patente coerência e legitimidade, ainda assim, um outro motivo certamente deverá conduzir as autoridades julgadoras à reforma do presente auto de infração, por questões de eficiência administrativa. Diz que se prevalecer o entendimento da Fiscalização, é forçoso reconhecer o pagamento a mais, feito pelo impugnante para o Estado da Bahia nas operações de transferência para estabelecimentos de outros Estados, em especial, nas operações com o Estado de São Paulo no mesmo ano de 2002. O defendente elabora gráfico com o fluxo das operações de transferência de mercadorias entre seus estabelecimentos, fazendo referência ao ICMS recolhido sobre as importâncias de amortização, exaustão, depreciação e manutenção, exemplificando o ano-calendário de 2002. Em seguida, o autuado contesta a multa e os juros incidentes sobre a autuação, apresentando alegação de ilegitimidade dos acréscimos de juros de mora e multa aplicados, porque entende que nas operações de transferência de mercadorias entre o estabelecimento de São Paulo e o

estabelecimento da Bahia, nada mais fez do que atender às normas prescritas pelo Fisco paulista para a definição da base de cálculo. Cita a Decisão Normativa CAT nº 5/05, e diz que de acordo com o disposto no art. 100, parágrafo único do CTN, seriam inaplicáveis as penalidades de juros e multa. Por fim, ressalta que a própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia reconhece a impossibilidade de se aplicar qualquer penalidade nas hipóteses em que o contribuinte age em conformidade com orientação do Fisco de outro Estado. Finaliza, pedindo, em sede preliminar, a anulação integral do auto de infração, tendo em vista a decadência do crédito tributário. No mérito, caso seja afastado o pedido preliminar, o impugnante requer o cancelamento integral da autuação, alegando legitimidade do procedimento adotado para a apuração da base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, § 4º, II da LC 87/96, e ausência de prejuízo ao Erário baiano. Pede, ainda, que se forem indeferidos os pedidos anteriormente citados, sejam excluídos os valores exigidos a título de juros e multa, tendo em vista o disposto no art. 100, parágrafo único do CTN.

Na informação fiscal prestada às fls. 252 a 279 dos autos, o autuante Paulo Cesar da S. Brito, esclarece, inicialmente, que o presente Auto de Infração foi lavrado em consonância com orientação emanada deste Conselho, na decisão de nulidade proferida contra o Auto de Infração nº 206891.0015/07-4, na qual o mesmo prescreve a renovação da ação fiscal de acordo com art. 21, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99. Quanto à impugnação apresentada, diz que está pacificado, tanto na jurisprudência administrativa como nos tribunais, que o prazo decadencial para o exercício do direito de constituição do crédito tributário deve ser analisado com base no art. 173, I do CTN. Transcreve os arts, 107-A e 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, bem como o art. 150, § 4º do CTN. Diz que na realidade, o ápice da questão é se a anulação do referido Auto de Infração teve como motivação uma irregularidade formal ou material. Neste caso, cita ensinamentos da doutrina e assegura que o vício formal diz respeito a qualquer inexatidão na observação das normas que regem o procedimento do lançamento em si sua maneira de realização.

No mérito, o autuante fala da correta interpretação do art. 13, § 4º, II da LC 87/96 e pela violação ao princípio da não-cumulatividade do Comunicado CAT 5/05. Diz que o autuado deve observar, em primeiro lugar, ao que está estabelecido na Constituição Federal e, ato contínuo, ao que prevê a Lei Complementar do ICMS 87/96. Informa que na realização da auditoria, foi utilizado como parâmetro para a definição da base de cálculo o somatório dos custos de matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, salientando que o comando contido no art. 13, § 4º, inciso II da Lei Complementar 87/96 é bastante específico e não admite nenhum outro tipo de custo (além dos elencados anteriormente). Portanto, entende que os gastos com manutenção, depreciação, amortização devem ser expurgados para efeito de determinação da base de cálculo legal, implicando no conseqüente estorno do respectivo crédito fiscal. Comenta sobre decisão do Superior Tribunal de Justiça - STJ no REsp 707635, e diz que há impropriedades na legislação do Estado de São Paulo, especificamente na Decisão Normativa CAT-5 de 15/06/2005, na qual o Fisco Paulista firmou o seu entendimento. Diz que em contraponto a esse entendimento, encontra-se o ensinamento do Prof. Márcio Freitas publicado em “A natureza jurídica da DN CAT Nº 05/2005”. Em seguida, o autuante comenta sobre o papel da Lei Complementar no campo do ICMS, concluindo que a CF/88 reservou para a LC a tarefa de definição da base de cálculo do ICMS. No que concerne à interpretação de normas de Direito Tributário, cita ensinamentos de Luciano Amaro e Sacha Calmon Navarro Coelho, além de Hugo de Brito Machado. Assim, o autuante apresenta o entendimento de que, se a LC 87/96, por mandamento da CF/88 com relação à formação da base de cálculo do ICMS, definiu os elementos de custo de produção, mas não conceituou o que seria cada um deles, isto é, o que se entende por matéria prima, mão de obra, acondicionamento e material secundário, deve-se recorrer às normas da Contabilidade ou de outros institutos de Direito Privado. Transcreve estudo obtido na Faculdade de Ciências Contábeis de São Paulo, endereço eletrônico (<http://fafitfacic.com.br>) que define as quatro rubricas listadas na LC 87/96 (art. 13, § 4º, II). Informa, ainda, que efetuou consulta à obra especial de autoria de George Sebastião Guerra Leone e Rodrigo José Guerra Leone (Dicionário de

Custos). O autuante transcreve, também, respostas de consultas formuladas perante a Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná. Contesta o argumento defensivo de que inexistiu prejuízo ao Fisco baiano, dizendo que, efetivamente, existe prejuízo aos cofres do Estado da Bahia, pois, o Estado teve que suportar um crédito fiscal superior aquele permitido na lei. Quanto à devolução do ICMS recolhido da Bahia para o Estado de São Paulo, diz que seria necessário que o estorno estivesse sendo cobrado da empresa no período sob referência, pelo Estado de São Paulo, pois, o imposto não pertence ao autuado e sim ao ente federado. Por fim, pede a procedência do presente Auto de Infração.

À fl. 282, o autuado requereu a juntada de documentos para comprovar as alegações defensivas, pedindo, também, que sejam realizadas todas as intimações referentes ao presente feito, no nome dos advogados, todos com endereço profissional na Rua Agnelo Brito, nº 90, 5º Andar, Ed. Garibaldi Memorial, Salvador – Bahia.

À fl. 366, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência, para que fosse esclarecido em que consistem as seguintes rubricas, não acatadas pela fiscalização: manutenção variável, energéticos variável, indiretos variável, exercício variável, outros variável, manutenção fixo, energéticos fixo e outros fixo, solicitando ao contribuinte a necessária explicação. Após esta providência, que a Inspetoria Fiscal fizesse a entrega ao autuado de cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos pelos autuantes, mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo de dez dias para o mesmo se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

Em atendimento ao solicitado, os autuantes informaram à fl. 368, que de acordo com a declaração fornecida pelo autuado (fls. 370/371 do PAF), nenhuma alteração precisa ser feita na auditoria sob análise, haja vista que essas informações já tinham sido prestadas quando da lavratura do primeiro auto de infração que foi julgado nulo e que esqueceram de anexá-la a este PAF. Entendem que está demonstrado e comprovado o acerto da autuação fiscal, e pedem a procedência do presente Auto de Infração.

Consta às fls. 370/371 dos autos explicação da composição dos gastos, com a informação de que os referidos gastos fazem parte do custo de produção no processo de industrialização de pneumáticos e câmaras de ar. Foram prestadas as seguintes informações: manutenção variável: gastos (materiais + serviços) relativos à manutenção de maquinários ligados à produção de pneus; energéticos variável: gastos referentes à energia elétrica, gás, nitrogênio e afins para funcionamento das máquinas utilizadas na produção; indiretos variável: gastos com materiais que não integram o produto final, porém consumidos na produção (ex. óleo lubrificante); exercício variável: idem indiretos variável, porém com utilização mais de uma vez no processo produtivo (ex. filmes plásticos); outros variável: gastos com assistência médica, transportes de produtos semiacabados (prestação de serviços etc.); manutenção fixo: idem a manutenção variável, porém relativo somente para os centros ligados indiretamente à produção; energéticos fixo: idem a energéticos variável, porém relativos somente para centros ligados indiretamente à produção; outros fixo: gastos com alimentação, transporte de funcionários, tributos (taxas diversas), estagiários, seguros, assistência médica, uniformes, equipamentos de segurança, etc.).

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 375 a 388 dos autos. Após a reprodução dos fatos, aduz que foi intimado a prestar esclarecimentos acerca das rubricas questionadas pela Junta de Julgamento Fiscal no encaminhamento da diligência. Diz que em resposta à intimação, apresentou petição prestando os devidos esclarecimentos. Faz uma síntese do que consistem as referidas rubricas. Quanto à última informação fiscal, diz que Auditor Fiscal limitou-se a solicitar, de forma genérica e imotivada, que os julgadores concluam pela procedência do Auto de Infração, sem, contudo, considerar quaisquer dos esclarecimentos prestados pelo impugnante. Ressalta que, se o Auditor Fiscal tivesse analisado detidamente os esclarecimentos prestados pelo impugnante, certamente teria concluído pelo cancelamento da autuação fiscal. Diz que a diligência foi determinada pelo CONSEF com um objetivo específico:

analisar o processo produtivo do impugnante de maneira a conferir certeza aos custos incorridos e, assim, calcular com precisão o valor de ICMS devido pela empresa. Entende que o Auditor Fiscal deveria ter feito uma análise individual e cuidadosa das rubricas questionadas pelo CONSEF para tentar incluí-las ou excluí-las do conceito de custo de produção, considerando as peculiaridades do processo produtivo do impugnante, mas o autuante limitou-se a reiterar, de maneira genérica, a acusação fiscal, sem analisar detidamente os esclarecimentos prestados pela impugnante ou mesmo justificar os motivos para a manutenção da glosa. Afirma que neste ponto, a diligência determinada pelo CONSEF não foi cumprida. O defendente assegura que está certo de que, caso a diligência determinada pelo CONSEF tivesse sido devidamente cumprida, o presente Auto de Infração seria integralmente cancelado. Isso porque, analisando o processo produtivo da empresa, constata-se que as rubricas manutenção variável, energéticos variável, indiretos variável, exercício variável, outros variável, manutenção fixo, energéticos fixo e outros fixo figuram como custos incorridos no processo produtivo. No mérito, o defendente faz uma síntese da controvérsia apresentada no presente PAF e assegura que dentro de tais rubricas, estão incluídos os gastos com manutenção de maquinários ligados à produção de pneus, energia elétrica, gás, nitrogênio e afins para funcionamento das máquinas utilizadas na produção, óleo lubrificante, filmes plásticos e outros materiais consumidos ou utilizados na produção, assistência médica, transporte de produtos semi-acabados, seguros, equipamentos de segurança, entre outros. Todos os gastos referentes às rubricas questionadas pela Fiscalização estão intrinsecamente relacionados ao processo produtivo do impugnante e consistem em verdadeiros custos de produção. Transcreve o disposto no art. 290 do Regulamento do Imposto de Renda, prevendo que quaisquer gastos aplicados ou consumidos na produção, como o são os gastos mencionados anteriormente, estão compreendidos no conceito de custo de produção. Portanto, o defendente entende que todos os gastos incluídos na base de cálculo do ICMS se enquadram no conceito de custo de produção previsto no art. 13, § 4º, II da LC nº 87/96. O impugnante alega que tendo adotado o procedimento correto para o cálculo do ICMS, deve ser integralmente cancelada a presente autuação fiscal. Também alega decadência, em relação aos fatos geradores objeto da autuação, referentes ao período de janeiro a dezembro de 2002. Por fim, reitera todos os argumentos apresentados na impugnação inicial, pedindo o cancelamento integral da presente autuação fiscal.

À fl. 391 esta JJF converteu o presente processo em nova diligência, para que os autuantes excluíssem da exigência fiscal os valores correspondentes às parcelas efetivamente empregadas no processo produtivo na condição de bens indispensáveis ou necessários, a exemplo de energia elétrica e lubrificantes.

Após a providência acima, que a Inspetoria Fiscal fizesse a entrega ao autuado de cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos pelos autuantes, com a indicação do prazo de dez dias para o mesmo se manifestar, querendo, sobre os elementos fornecidos.

Em atendimento ao solicitado, os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 393/395, dizendo que, com base no art. 13, § 4º, II da LC 87/96, as rubricas energia elétrica e combustível teriam que ser enquadradas, pela ciência contábil como sendo matéria-prima ou como material secundário. Dizem que independentemente da imprescindibilidade da energia elétrica e do combustível (ou de qualquer outro elemento que os substituam no processo produtivo), faz-se necessário, para que eles possam ser objeto de creditamento, que tanto a energia elétrica quanto o combustível sejam parte integrante da base de cálculo prevista no art. 13, §4º, II da LC 87/96. Pelas pesquisas realizadas junto ao CRC; Portais de Contabilidade; livros; artigos da área; decisões judiciais; decisões do Conselho de Contribuintes da RFB etc., entendem que não é possível enquadrar nem a energia elétrica nem o combustível, no caso ora em apreciação, como matéria-prima ou material secundário. Citam decisões do CONSEF e pedem que seja cientificado o defendente quanto ao resultado da diligência fiscal.

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 428 a 445, aduzindo que a diligência foi determinada pelo CONSEF com o intuito de compreender a natureza das rubricas

não aceitas pela fiscalização como integrantes do custo das mercadorias transferidas entre os estabelecimentos do defendente. Entende que para a correta realização da diligência seria necessário que o Auditor Fiscal procedesse à análise das rubricas apontadas pelo CONSEF para poder conceituá-las como integrantes ou não do custo de produção. Entretanto, na primeira diligência o Auditor Fiscal limitou-se a reiterar a acusação fiscal, sem analisar detidamente os esclarecimentos prestados pelo defendente, ou mesmo justificar os motivos para a manutenção da glosa. Afirma que a diligência solicitada pelo CONSEF não foi concluída a contento, porque o Auditor Fiscal não examinou, apenas se limitou a proferir manifestação que mais parece uma peça de defesa do Auto de Infração. Saliencia que o não cumprimento da determinação do CONSEF pelo autuante mostra-se incompatível com a regra do respeito às ordens hierárquicas da Administração Pública. Diz que o fiel cumprimento da diligência é de interesse do impugnante, uma vez que a representação clara da natureza das rubricas não aceitas pela fiscalização culminaria, certamente, no cancelamento do presente Auto de Infração. Assegura que a exemplo das rubricas de manutenção variável, indiretos variável, exercício variável, outros variável, manutenção fixo, que já foram objeto de manifestação anterior, também as rubricas energia elétrica e lubrificantes compõem os custos do processo produtivo do impugnante. Diz que é incorreto o entendimento da fiscalização acerca do conceito de custo de produção de mercadorias para a determinação da base de cálculo do ICMS para as transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo contribuinte e os créditos aproveitados pelo defendente se referem ao ICMS efetivamente recolhido ao Fisco Paulista, inexistindo dispositivo legal que permita a glosa de créditos nas circunstâncias do presente Auto de Infração. Pede a nulidade da autuação fiscal. Em seguida, comenta sobre o conceito de custo de produção, citando a legislação do Imposto de Renda, a Decisão Normativa CAT nº 5/05 e reafirma que os valores questionados pela fiscalização são indissociáveis do processo produtivo do impugnante, constituem custo de produção das mercadorias. Repete a alegação de que operou-se a decadência e reitera os argumentos apresentados na impugnação inicial, pedindo a improcedência do presente Auto de Infração.

Em novo pronunciamento à fl. 452 os autuantes reafirmam os pontos já abordados nas informações fiscais prestadas às fls. 393/425 e 252 a 279.

Em pauta suplementar do dia 02/03/2011, esta JJF deliberou por converter o presente processo em nova diligência aos autuantes ou Auditor Fiscal estranho ao feito designado pelo Inspetor Fazendário (fl. 455), para que fossem excluídas as parcelas efetivamente empregadas no processo produtivo, na condição de bens indispensáveis ou necessários, a exemplo de energia elétrica e combustíveis.

Foi prestada informação pelos autuantes (fl. 456/459), reiterando o registro de que, para compor a base de cálculo prevista no art. 13, § 4º da Lei Complementar 87/96, energia elétrica e combustíveis não são considerados materiais secundários. Citam decisões da Câmara de Julgamento Fiscal quanto à matéria em questão e concluem pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 463 a 476, dizendo que os autuantes se limitaram a expor suas razões de direito para a manutenção do presente Auto de Infração. Entende que a diligência não foi cumprida e que a controvérsia em torno do presente lançamento cinge-se à identificação da base de cálculo nas operações de transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos da mesma titularidade. Comenta sobre o conceito de custo de produção, reiterando a alegação de que a interpretação mais adequada do art. 13, § 4º, II da LC nº 87/96 é no sentido de que cada contribuinte possui um processo produtivo próprio, com seus respectivos custos de produção. Conclui afirmando que todos os gastos incluídos pelo impugnante na base de cálculo do ICMS se enquadram no conceito de custo de produção previsto no art. 13, § 4º, II da LC nº 87/96, tendo o defendente adotado o procedimento correto para o cálculo do ICMS. Também reitera a alegação de decadência e conclui pedindo a improcedência e o cancelamento do presente Auto de Infração.

Na sessão de julgamento do dia 30/11/2011, esta Junta de Julgamento Fiscal, vencido o voto do relator, deliberou por converter o presente processo em nova diligência à Infaz de origem (fl. 486), solicitando que Auditor Fiscal estranho ao feito designado pelo Inspetor Fazendário elaborasse demonstrativo incluindo no custo os valores correspondentes às parcelas efetivamente empregadas no processo produtivo, a exemplo de energia elétrica e combustíveis utilizados nas máquinas de produção.

À fl. 488 a Coordenação da ASTEC sugeriu ao Presidente do CONSEF que antes do encaminhamento da diligência fiscal solicitada por esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal, fosse enfrentada a questão da decadência alegada nas razões defensivas. Assim, a Coordenação da ASTEC propôs o encaminhamento do presente PAF à PGE/PROFIS para emitir Parecer Jurídico sobre a questão da decadência, considerando que se trata de renovação de procedimento fiscal decorrente de Auto de Infração anteriormente julgado Nulo, em face de erro material na determinação da base de cálculo.

A PGE/PROFIS apresentou Parecer às fls. 490 a 499 do presente PAF, com a informação de que, “sendo de natureza material o vício que maculou o Auto de Infração anterior, deve-se aplicar ao caso concreto, a regra insculpida no art. 173, inciso I do CTN, contando-se o prazo decadencial *do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*”. Foi reproduzido o voto proferido em decisão pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, mediante Acórdão CJF Nº 0341-11/11. Foi apresentada a conclusão de que, “no que concerne ao exercício de 2002, possibilitar-se-ia o lançamento até o dia 31/12/2007, entretantes, como a lavratura do presente auto de infração ocorreu em 28/12/2009, operou-se a decadência do direito da Fazenda em constituir o crédito tributário relativo àquele exercício”.

VOTO

Inicialmente, o autuado suscitou preliminar de decadência, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente a fatos ocorridos no exercício de 2002, sendo alegado pelo defendente que o fisco não exerceu de forma tempestiva o seu direito de constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no referido exercício, fundamentando a sua alegação no art. 150, § 4º do CTN.

No caso em exame, o presente Auto de Infração foi lavrado em decorrência de renovação da ação fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração de número 206891.0015/07-4, lavrado em 18/12/2007, julgado nulo. Portanto, se trata de renovação de ação fiscal a salvo de falhas, conforme decisão proferida no Acórdão CJF Nº 0317-11/09.

Na sessão de julgamento do dia 30/11/2011, esta Junta de Julgamento Fiscal, vencido o voto do relator, deliberou por converter o presente processo em nova diligência à Infaz de origem. Entretanto, antes do encaminhamento da diligência fiscal solicitada por esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal, a Coordenação da ASTEC propôs ao Presidente do CONSEF o encaminhamento do presente PAF à PGE/PROFIS para emitir Parecer Jurídico sobre a questão da decadência.

Foi exarado Parecer pela PGE/PROFIS com a informação de que, “sendo de natureza material o vício que maculou o Auto de Infração anterior, deve-se aplicar ao caso concreto, a regra insculpida no art. 173, inciso I do CTN. Portanto, foi apresentada a conclusão de que, “no que concerne ao exercício de 2002, possibilitar-se-ia o lançamento até o dia 31/12/2007, entretantes, como a lavratura do presente auto de infração ocorreu em 28/12/2009, operou-se a decadência do direito da Fazenda em constituir o crédito tributário relativo àquele exercício”.

Considerando os termos do Parecer PGE/PROFIS às fls. 490/499 do presente PAF, ficou caracterizado no caso concreto, que a Fazenda Estadual poderia ter exercido seu direito até o dia 31/12/007. Como o presente lançamento de ofício foi lavrado em 28/12/2009 foi operada a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual lançar o tributo.

Face ao exposto, amparado no mencionado Parecer PGE/PROFIS voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 206891.0033/09-9**, lavrado contra **PIRELLI PNEUS LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de agosto de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA