

PROCESSO - A. I. N° 206891.0010/12-9
RECORRENTE - PARMALAT BRASIL S.A. - INDÚSTRIA DE ALIMENTOS.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0020-01/13
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 26.12.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0480-13/13

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À ESTABELECIDA EM LEI COMPLEMENTAR. REFAZIMENTO DO CÁLCULO DO CUSTO DE PRODUÇÃO. EXCLUSÃO, DO CUSTO DE PRODUÇÃO, DE DESPESAS NÃO CONSIDERADAS CUSTO DE MATÉRIA-PRIMA, MATERIAL SECUNDÁRIO, MÃO DE OBRA E ACONDICIONAMENTO. Fato demonstrado nos autos. Mantida a glosa dos créditos. Decisão conforme precedentes deste Conselho. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (1ª JJF) que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$ 527.248,74, em decorrência da 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.

No campo “Descrição dos Fatos”, consta que a ação fiscal visou aferir a apuração da base de cálculo utilizada nas operações interestaduais envolvendo produtos industrializados, em outras unidades da Federação, que foram fabricados exclusivamente pela empresa, através dos estabelecimentos remetentes, e transferidos para a filial localizada neste Estado. Foi explicado que, por força de mandamento constitucional, a base de cálculo do ICMS, nessa situação, está prevista no art. 13, §4º, II, da Lei Complementar nº 87/96 (LC 87/96), isto é, o somatório dos custos de matéria-prima, materiais secundários, mão de obra e acondicionamento. Dessa forma, para efeitos da determinação da base de cálculo legal, foram expurgados os gastos com “depreciação”, “energia elétrica”/“outros” e “Gastos Gerais de Fabricação – GGF” (manutenção e outros), o que implicou estorno de crédito fiscal apropriado em valor superior ao devido.

Na defesa, preliminarmente, o autuado suscitou a decadência quanto aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a dezembro de 2007. Foi arguida a nulidade do Auto de Infração por falta de competência do fisco baiano para fiscalizar operações ocorridas em outras unidades da Federação, por utilização indevida da alíquota de 17% e por utilização de tabelas de correlação de pesos sem qualquer respaldo legal. No mérito, impugnou a apuração da base de cálculo utilizada na quantificação dos créditos glosados.

Na informação fiscal, os autuantes afirmaram que não ocorreu a decadência arguida, pois o prazo decadencial é contado nos termos do art. 173, I, do CTN. Sustentaram que não havia razão para o acolhimento das preliminares de nulidades suscitadas na defesa e, no mérito, mantiveram a ação fiscal em sua totalidade.

Por meio do Acórdão JJF N° 0020-01/13, o Auto de Infração foi julgado Procedente.

Ao proferir o seu voto, o ilustre relator afastou a preliminar de decadência, argumentando que nos termos do disposto no art. 173, do CTN, o prazo de decadência começa a ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

A preliminar de nulidade por extrapolação da competência fiscalizatória dos autuantes foi ultrapassada sob o argumento de que o fisco baiano simplesmente apurou, segundo a sua interpretação, o fiel cumprimento da legislação. Foi afastada a preliminar de nulidade atinente ao suposto equívoco na determinação da alíquota, uma vez que não foi aplicada a alíquota de 17%, sendo a divisão do imposto apurado por 17% um mero procedimento do sistema automatizado de emissão do Auto de Infração. Também foi superada a preliminar referente à utilização da tabela de correlação de pesos, tendo em vista que essa tabela foi fornecida pelo próprio contribuinte.

No mérito, o ilustre relator explicou que a exigência fiscal em comento tem respaldo no art. 13, §4º, II, da Lei Complementar 87/96, a qual prevê que nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular a base de cálculo é o custo da mercadoria produzida, entendendo-se como o custo da mercadoria produzida a soma dos custos da matéria-prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento. Em seguida, passou a discorrer sobre cada um desses custos e, ao final, votou pela Procedência da autuação, sendo seguido pelos demais pares.

Inconformado com a Decisão proferida pela 1ª JJF, o contribuinte apresenta o Recurso Voluntário de fls. 298 a 327.

Após demonstrar a tempestividade do Recurso e efetuar uma síntese dos fatos, o recorrente argui a decadência do direito de constituição do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a julho de 2007, uma vez que no presente caso houve recolhimento parcial do imposto e, portanto, a regra de decadência a ser aplicada é a prevista no art. 150, §4º, do CTN. Diz que só tomou conhecimento do Auto de Infração em epígrafe em 17/08/12, quando foi cientificado do seu lançamento.

Suscita a nulidade do Auto de Infração por considerar que os autuantes não têm competência para fiscalizar o custo de produção utilizado por estabelecimento localizado em outros Estados, uma vez que não há convênio autorizando essa fiscalização. Sustenta que a averiguação do custo de produção de estabelecimento localizado em outros Estados fere o princípio da territorialidade, devendo, portanto, ser desconsiderado o trabalho empreendido pelos autuantes. Faz alusão ao Acórdão JJF Nº 1726/99, deste Conselho, que decidiu no sentido de que a competência do Estado da Bahia para fiscalizar estabelecimentos de contribuintes substitutos e situados em outras unidades da Federação se restringe às situações em que exista convênio autorizando esta fiscalização, o que diz não ser o caso dos autos.

Ainda em sede de preliminar, suscita a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que há erro na apuração da base de cálculo e na aplicação da alíquota, conforme relatado a seguir.

Foi aplicada alíquota equivocada no Demonstrativo de Débito constante no Auto de Infração, de 17%, que é a alíquota aplicável às operações internas. Afirma que está demonstrado, à fl. 6 dos autos, que os autuantes utilizaram a alíquota de 17%, cabível apenas nas operações internas, quando os créditos registrados pelo recorrente foram calculados utilizando as alíquotas de 7% e 12%. Diz que é incompreensível que no demonstrativo de cálculo de imposto conste a “alíquota de 17%”, quando na verdade significa “divisão por 17%”, o que cerceia o seu direito de defesa.

A base de cálculo indicada no Demonstrativo de Débito que integra o Auto de Infração (fl. 6) não corresponde à que foi indicada nos demonstrativos intitulados “Estorno de Crédito – Custo Transferência – Fábricas – Produção do Estabelecimento – 2007” (fls. 14 a 27).

Foi adotado método de obtenção da base de cálculo do imposto utilizando tabela de correlação de pesos de mercadorias, sem qualquer respaldo legal. Diz que o fato de ter prestado informação acerca do peso das mercadorias não possui o condão de afastar a ilegalidade do lançamento, pois não há previsão legal que permita a apuração da base de cálculo do ICMS por meio do método de correlação de pesos. Frisa que, a teor o art. 142 do CTN, o lançamento é uma atividade vinculada, sob pena de responsabilidade funcional. Discorre sobre poder vinculado e cita doutrina.

Afirma que a fiscalização infringiu o disposto no art. 39, IV, “b”, do RPAF/99, o qual prevê que o Auto de Infração deverá conter demonstrativo discriminando corretamente a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo e a alíquota.

Diz que só existe o dever jurídico de pagar um tributo quando ocorre o seu fato gerador, pelo princípio da tipicidade cerrada, e como corolário desse princípio o processo administrativo tem como objetivo a busca da verdade material dos fatos, porém no caso presente foram ignorados os princípios enunciados no art. 2º do RPAF, pois a autoridade fiscal, ao efetuar o lançamento, numa tentativa de “encurtar o seu caminho”, não apurou os fatos verdadeiramente ocorridos, prevalecendo uma presunção dissociada da verdade, simplesmente presumindo que os valores retirados da base de cálculo do imposto não fariam parte do custo de produção das mercadorias, excluindo os valores relativos a energia elétrica.

Explica que a energia elétrica é e sempre será um elemento essencial no seu processo produtivo, pois sem ela não é possível a realização da pasteurização do leite, bem como a fermentação dos sucos, principais produtos que comercializa.

Esclarece que a pasteurização é um processo que consiste em submeter um produto alimentício a alta temperatura e, logo em seguida, a baixa temperatura, visando com essa rápida variação de temperatura matar os germes e bactérias, e tal processo de pasteurização só é realizado por meio de energia elétrica, não tendo a fiscalização atentado para a composição do seu custo de produção, excluindo, equivocadamente, um elemento essencial ao processo produtivo. Cita doutrina acerca da relevância da energia elétrica na composição do custo de produção.

Ressalta que a energia elétrica, nos processos de pasteurização e fermentação, é tão importante quanto para a indústria de alumínio. Diz que, conforme as planilhas de custos de produção colacionadas pelos próprios autuantes, a energia elétrica representa um custo significativo.

Diz que a tentativa de excluir energia elétrica da base de cálculo nas transferências demonstra falta de conhecimento da fiscalização, tornando precário o lançamento, na medida em que é desconsiderada uma das partes mais importantes do processo de pasteurização do leite e de fermentação dos sucos. Pontua que, caso a energia elétrica não seja considerada como matéria-prima, deverá ser caracterizada como material secundário, pois é essencial ao seu processo produtivo, já que sem ela não é possível a realização da pasteurização do leite, bem como a fermentação dos sucos.

Sustenta que os erros cometidos pela fiscalização impedem a empresa de aferir a própria infração que lhe foi imputada, haja vista a falta de clareza e fundamento da glosa dos créditos em questão, bem como de apurar a liquidez do suposto crédito tributário.

Menciona que decisões do CONSEF já decidiram pela nulidade de Autos de Infração em decorrência de falta de certeza do cometimento da infração, de insuficiência de elementos probatórios e de inobservância do devido processo legal.

Adentrando ao mérito, afirma que não concorda com o procedimento adotado pela fiscalização e nem com o entendimento da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, tendo em vista que a base de cálculo do ICMS adotada nas transferências foi devidamente apurada, uma vez que foi considerado o custo de produção, nos termos do art. 13, § 4º, da LC 87/96, cujo teor transcreveu.

Diz que a fiscalização, baseada numa interpretação literal e restritiva desse dispositivo, pretende glosar parte dos créditos de ICMS, sob o argumento de que na base de cálculo, no tocante ao custo de produção, foram computados gastos com energia elétrica, depreciação, custos fixos e outros materiais pouco usados (armazenagem e expedição). Discorda desse entendimento, porque os elementos identificados no supracitado dispositivo legal são apenas exemplificativos, pois entende que a base de cálculo do ICMS nas transferências deve ser a soma dos custos de produção efetivamente ocorridos, incluindo todos os encargos diretamente relacionados à produção.

Afirma que o art. 13, § 4º, II, da Lei Complementar nº 87/96 deve ser interpretado de forma sistemática, e não literal, pois o custo da mercadoria produzida é um conceito abstrato, uma vez

que cada processo produtivo é único. Menciona que não está pleiteando uma interpretação ampliativa, mas sim uma interpretação conforme a doutrina do princípio da não cumulatividade ao qual o ICMS está sujeito, considerando que o citado dispositivo deve ser entendido de forma não taxativa, mas sim levando em conta cada processo produtivo, de forma individualizada, não havendo como deixar de lado verdadeiros custos de produção, como, por exemplo, energia elétrica, que é elemento essencial, bem como aqueles referentes a depreciação, custo fixo e armazenagem, todos ligados ao processo produtivo.

Sustenta que a base de cálculo nas transferências interestaduais deve ser o valor da mercadoria registrado em estoque, que nada mais é do que o valor do custo do produto, tal como determinado pela legislação contábil, refletido no art. 13, §4º, II, da LC 87/96.

Reproduz o disposto no art. 183, II, da Lei nº 6.404/64, e, em seguida, ressalta que o conceito contábil de custo de produção engloba todos os gastos incorridos para obtenção do produto destinado a venda, excluindo apenas os valores referentes a eventuais despesas administrativas ou despesas de vendas. Cita doutrina.

Menciona que o conceito de custo de produção encontra-se não só na legislação societária e nas normas contábeis, como também em outros dispositivos da legislação tributária, conforme os artigos 289 e 290 do Regulamento do Imposto de Renda, dos quais se depreende que a composição do custo de produção é mais abrangente.

Diz que o Comitê de Pronunciamentos Contábeis, órgão instituído pelo Conselho Federal de Contabilidade, através da Resolução CFC nº 1.055/05, exarou o Pronunciamento Técnico CPC 16, com objetivo de estabelecer o tratamento contábil para os estoques, em relação aos custos de produção, manutenção e transformação, conforme trecho que transcreve.

Sustenta que, portanto, a interpretação mais adequada do art. 13, § 4º, II, da Lei Complementar nº 87/96 é no sentido de que cada contribuinte possui um processo produtivo próprio, com os respectivos custos de produção igualmente individualizados. Ressalta que foi desse entendimento que partiu o fisco paulista na Decisão Normativa CAT 5/05, cujo teor transcreve, para considerar como válida a inclusão dos custos de produção de cada contribuinte de forma individualizada.

Afirma que o princípio da não cumulatividade do ICMS impossibilita a glosa dos créditos fiscais em comento. Discorre sobre esse citado princípio, citando farta doutrina e, mais adiante, destaca que o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento sobre a violação ao princípio da não cumulatividade em caso de restrição do direito ao crédito, conforme ementa do RE 161031-0/MG. Diz que essa Decisão plenária serviu como precedente para as demais decisões sobre o tema, demonstrando ser pacífico o entendimento do STF no sentido de que é direito potestativo do contribuinte se creditar de todo o imposto que pagou ao adquirir mercadorias ou serviços.

Pontua que, em se tratando de operações interestaduais, devem os estabelecimentos remetentes das mercadorias necessariamente obedecer à legislação de seus Estados, e caso assim não procedam os Estados cobrarão o imposto devido na forma de sua legislação, e por outro lado, com relação ao estabelecimento autuado, em respeito ao princípio da não cumulatividade, há de se reconhecer o direito ao crédito respectivo.

Ao finalizar, solicita que seja a Decisão recorrida reformada, para que venha a ser reconhecida a decadência arguida, julgado nulo ou improcedente o Auto de Infração.

Em Parecer às fls. 331 a 335, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que a tese recursal de decadência não merece acolhimento, pois, conforme posicionamento pacificado na jurisprudência dos tribunais superiores e do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, não há o que se falar em aplicação do art. 150, §4º, do CTN, para fins de determinação do marco inicial da contagem do prazo decadencial, quando inexiste pagamento antecipado do tributo.

Explica que o referido art. 173 prevê prazo decadencial de cinco anos, com três hipóteses de termo inicial. Na primeira (art. 173, inc. I), que se constitui a regra geral, o termo inicial do prazo

é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Diz que essa regra se aplica nos casos de lançamentos “de ofício” e “por declaração”.

Assevera que no lançamento “por homologação” há duas situações:

- a) o sujeito passivo antecipou, efetivamente, o pagamento do tributo devido; neste caso não há o que se falar em decadência, pois o lançamento será inapelavelmente homologado, seja de forma expressa, seja de forma tácita;
- b) o sujeito passivo não antecipou o pagamento, ou o fez a menos que o devido, neste caso o termo inicial do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Salienta que o pagamento antecipado é o elemento essencial que caracteriza o lançamento por homologação e que a falta de pagamento do imposto ou o imposto pago a menos desloca o limite decadencial para as balizas descritas no art. 173, I, do CTN, e não do art. 150, §4º, do mesmo Código. Para embasar seus argumentos, cita doutrina e jurisprudência.

Frisa que a fiscalização ocorreu no estabelecimento situado neste Estado, portanto no âmbito tributário da Bahia. A fiscalização apenas analisou documentos fiscais de estabelecimento localizado em outro Estado com o objetivo de comprovar o ilícito tributário.

Afirma que não há no lançamento qualquer hipótese de nulidade capitulada no art. 18 do RPAF/99, não havendo vício ou ilegalidade capaz de fulminar o lançamento.

Relativamente ao alegado erro na apuração da base de cálculo e na aplicação da alíquota, diz que se trata de matéria de mérito, não ensejando, assim, a nulidade do lançamento.

No mérito, afirma que o recorrente apresenta os mesmos argumentos trazidos na defesa, não apresentando em sede recursal qualquer prova ou argumento capaz de modificar o julgamento de primeira instância.

Diz que a apuração do custo de produção para determinação da base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais está previsto no art. 13, §4º, II, da LC 87/96, cujo teor transcreveu. Frisa que o trabalho da fiscalização está lastreado em planilhas de custo apresentada pelo próprio recorrente, tendo sido excluídas as parcelas que não compunham o custo de produção previsto, quais sejam, matéria-prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento.

Ao finalizar, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Preliminarmente, o recorrente suscita a nulidade do Auto de Infração por ofensa ao princípio da territorialidade, uma vez que os autuantes careciam de competência para fiscalizar o custo de produção de estabelecimento localizado em outra unidade da Federação.

Ultrapasso essa preliminar de nulidade, pois não houve a alegada afronta ao princípio da territorialidade, já que os valores lançados nas planilhas de custo dos estabelecimentos localizados fora da Bahia não foram auditados pelo fisco baiano, mas sim foram admitidos como verdadeiros, tendo sido expurgados apenas os valores que não compunham a base de cálculo por força de determinação legal. Os estabelecimentos remetentes dos produtos relacionados na autuação não foram submetidos a nenhuma ação fiscal por parte dos autuantes.

O recorrente argui a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que no demonstrativo de débito de fl. 6 foi utilizada a alíquota de 17%.

Afasto essa preliminar de nulidade, pois o imposto lançado foi corretamente apurado utilizando as alíquotas interestaduais de 7% ou 12%, a depender do Estado de origem, conforme se depreende do demonstrativo de fls. 14 a 27. Apenas por uma limitação técnica do sistema automatizado de emissão de Auto de Infração da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, no demonstrativo de débito que integra o Auto de Infração é consignada a alíquota de 17%.

Sustenta o recorrente que a base de cálculo do Demonstrativo de Débito constante no Auto de Infração não corresponde à base de cálculo consignada no demonstrativo intitulado “Estorno de Crédito – Custo Transferência – Fábricas – Produção do Estabelecimento – 2007”.

A nulidade arguida não se sustenta, pois os montantes mensais do imposto que estão sendo exigidos foram corretamente apurados no demonstrativo “Estorno de Crédito – Custo Transferência – Fábricas – Produção do Estabelecimento – 2007”. Apenas por uma limitação técnica do já citado sistema automatizado de emissão de Auto de Infração, esses débitos são “divididos por 17%” para fins de determinação da base de cálculo a ser consignada no Demonstrativo de Débito a que se refere o recorrente. Em síntese, a base de cálculo, a alíquota e o imposto lançado foram corretamente apurados no demonstrativo de fls. 14 a 27, denominado “Estorno de Crédito – Custo Transferência – Fábricas – Produção do Estabelecimento – 2007”.

Não vejo razão para prosperar a alegação de nulidade do lançamento em decorrência do emprego pelos autuantes da tabela de correlação de pesos. A conversão dos pesos não constitui uma metodologia de apuração da base de cálculo, como tenta fazer crer o recorrente. Essa conversão apenas determina a quantidade de produtos transferidos. O emprego dessa tabela de conversão, fornecida pelo recorrente, não causa prejuízo ao contribuinte, não cerceia o direito de defesa e não traz insegurança na determinação da infração ou do montante lançado. Dessa forma, ultrapassou essa preliminar.

Por fim, afasto a preliminar de nulidade da alegada ausência de análise da natureza dos custos correspondentes aos créditos glosados. Na ação fiscal, os autuantes aplicaram uma interpretação restritiva do disposto no art. 13, §4º, II, da LC 87/96. Dessa forma, todos os custos que não eram referentes a matéria-prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento foram expurgados da base de cálculo. Em conformidade com o art. 39, IV, “b”, do RPAF/99, o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos que evidenciam a apuração do imposto lançado, sendo que o recorrente recebeu cópia desses demonstrativos.

Foi suscitada a decadência do direito de constituição do crédito tributário, sob o argumento de que a contagem do prazo decadencial se faz nos termos do art. 150, §4º, do CTN. Todavia, essa decadência não ocorreu, pois conforme bem explicado na Decisão recorrida e no Parecer da PGE/PROFIS, a legislação tributária do Estado da Bahia utilizando o permissivo contido no §4º do art. 150 do CTN – *se a lei não fixar prazo* – estabeleceu, no art. 107-A, inc. I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), que o termo inicial do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

O recorrente questiona a utilização do disposto no art. 107-A, inc. I, do COTEB, para a fixação do prazo decadencial. Ressalto que nos termos do artigo 125, incisos I e III, do COTEB, não cabe a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, bem como a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. Dessa forma, não é o Conselho de Fazenda o foro adequado para apreciação dos argumentos recursais atinentes à constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Adentrando no mérito, observo que os demonstrativos acostados ao processo provam que os autuantes apenas consideraram os custos previstos no art. 13, § 4º, II, da LC Nº 87/96, quais sejam: matéria-prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento. Após extrair das planilhas apresentadas à fiscalização pelo próprio recorrente os valores atinentes a “EE – Energia Elétrica”, “CF - Custo Fixo”, “DI - Depreciação Indireta”, “DD - Depreciação Indireta”, “Outros - Mat. Sec. pouco usado”, os autuantes efetuaram o confronto do montante apurado com o valor consignado nas notas fiscais de transferências para a Bahia. Desse confronto, ficou evidenciado que o valor empregado nas transferências listadas na autuação era superior ao previsto no art. 13, § 4º, II, da LC Nº 87/96, e, em consequência, acertadamente, foi glosada a parcela que excedia ao previsto nesse dispositivo da referida Lei Complementar.

A Lei Complementar nº 87/96, no seu art. 13, § 4º, II, estabelece qual o valor da base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de uma mesma empresa e, em

consequência, do crédito a ser utilizado pelo estabelecimento destinatário. Dessa forma, o valor do crédito fiscal utilizado a mais deve ser glosado, ao teor do disposto no § 5º do art. 93 do RICMS-BA, que só admite a apropriação do crédito fiscal em valor corretamente calculado. No caso em tela, o imposto glosado foi apenas o excedente ao previsto na legislação.

Não vislumbro qualquer violação ao princípio da não cumulatividade no presente lançamento tributário, já que o direito ao crédito fiscal foi respeitado, dentro da limitação imposta pela LC 87/96, não cabendo a este órgão julgador administrativo, ao teor do disposto no art. 125, inc. I, do COTEB, apreciar questão da constitucionalidade dessa limitação legal.

Quanto aos gastos com energia elétrica, não obstante a essencialidade da eletricidade no processo produtivo dos estabelecimentos remetentes das mercadorias, o pleito do recorrente não deve prosperar, pois a energia elétrica não integra qualquer um dos elementos de custo expressamente demarcados na Lei Complementar 87/96. Comungo com o entendimento prevalente e consolidado neste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF N° 0250-11/09, 0251-12/10, 0436-12/11, 0312-11/11, 0082-12/12. Apenas para corroborar esse entendimento já assente neste CONSEF, ressalto que a Instrução Normativa nº 53/13, da Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, ao tratar da apuração da base de cálculo nas hipóteses de transferências interestaduais, no seu item “1.1” assim dispõe: *considera-se como matéria-prima ou material secundário aquilo que se integra, de forma física ou química, ao novo produto ou aquilo que sofre consumo, desgaste ou alteração de suas propriedades físicas ou químicas no processo industrial, não se integrando a este conceito, regra geral, a energia elétrica e os combustíveis.* (grifo nosso)

Comungando com o entendimento externado pelos autores, pelo relator da Decisão recorrida e com reiteradas decisões deste CONSEF, considero que a interpretação desses dispositivos legais (art. 13, §4º, II, da LC 87/96 e art. 17, §8º, II, da Lei Estadual nº 7.014/96) deve ser feita de forma mais restritiva, ou literal. Interpretar esses dispositivos de forma sistemática, como pleiteia o recorrente, permitiria que cada Estado fixasse na sua legislação o conceito de custo que lhe fosse mais conveniente, aumentando a sua arrecadação em detrimento dos demais Estados.

Apesar dos abalizados argumentos recursais atinentes à apuração do custo de produção segundo os preceitos contábeis e a legislação comercial e do Imposto de Renda, as parcelas de custo referentes a “EE – Energia Elétrica”, “CF - Custo Fixo”, “DI - Depreciação Indireta”, “DD - Depreciação Indireta”, “Outros-Mat. Sec. pouco usado” não podem ser incluídas no valor da base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de uma mesma empresa, uma vez que a forma da determinação da base de cálculo relativamente a essas operações está expressamente fixada no art. 13, §4º, II, da LC 87/96.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência)

Em que pese o brilhantismo do voto do relator, divirjo do seu entendimento, quanto à preliminar de decadência, pois entendo que, esta se operou para parte dos fatos geradores referente ao período de janeiro a julho de 2007, uma vez que houve o pagamento antecipado previsto no art. 150, §4º, do CTN, devendo ser aplicada a data da ocorrência do fato gerador como *dies a quo* da contagem do prazo decadencial.

Veja-se que, segundo o entendimento pacificado no STJ, no Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 973733/SC, deve ser aplicado o art. 150, §4º, do CTN aos casos em que há recolhimento antecipado do imposto sujeito ao lançamento por homologação:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.

ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, E 173, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

[...]

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs.. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs.. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs.. 183/199).

[...]

(REsp 973733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009)

Conforme determinado na Constituição Federal (art. 146, III, "b"), a decadência do crédito tributário é matéria reservada à lei complementar. Segundo já definiu o Supremo Tribunal Federal, a Lei Complementar mencionada pela Constituição Federal é o CTN, cujas normas prevalecem, inclusive, sobre a Lei de Execução Fiscal, como, aliás, leciona Leandro Paulsen:

"Após o advento da CF/88, com previsão expressa nesta alínea no sentido de que se trata de norma geral em matéria tributária, tem-se todos os elementos para afirmar, categoricamente, que estão sob reserva de lei complementar. O STF já firmou posição acerca da matéria, e o STJ, recentemente, tem se pronunciado no sentido de que os dispositivos da LEF não podem prevalecer em face do CTN, conforme se pode ver dos precedentes acerca da interrupção da prescrição pela citação, em nota ao art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN" (in Direito Tributário, Editora Livraria do Advogado, 10ª. Ed., pág. 94).

Como dito acima, esse é o entendimento que prevalece no STF, ex vi do aresto a seguir transscrito:

"A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacificada. É que tais institutos são próprios d lei complementar de normas gerais (art. 146, III, b). Quer dizer, os prazos de decadência e de prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições parafiscais" (Plenário, RE 148754-2/RJ, excerto do voto do Min. Carlos Velloso).

Frise-se que a Súmula Vinculante nº 08, a qual vincula também a Administração Pública, conforme determina o art. 103-A, da CF/88, cristalizou o entendimento de que são inconstitucionais os arts. 5º, do Decreto-Lei nº 1.569/77, e 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, utilizando-se justamente o fundamento de que a prescrição e a decadência são matérias reservadas à Lei Complementar de âmbito nacional, conforme se observa da ementa dos precedentes que ensejaram a edição do referido verbete:

"PREScrição e DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

I. PREScrição e DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, b, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica.

II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias.

[...]

(RE 560626/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Julgado em 12/06/2008). (grifamos)

Assim diz a Súmula Vinculante nº 08, editada pelo STF:

“São inconstitucionais os parágrafos único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

A redação dada ao verbete sumular não ajuda o intérprete a reconhecer o extraordinário alcance e dimensão dessa nova norma jurídica inserida no sistema legal brasileiro. A princípio, a referida manifestação do STF unicamente expurga do ordenamento jurídico, por vício de inconstitucionalidade, os citados artigos de matéria previdenciária.

Todavia, apenas somente após uma leitura atenta e diante de uma reflexão dos fundamentos que levaram a edição desta posição jurisprudencial importante, é que podemos entender como todo o sistema tributário nacional foi alterado de forma indelével. A verdadeira questão de fundo neste posicionamento do Supremo Tribunal Federal é o estabelecimento da competência legislativa e o tipo de norma legal adequada para prever a aplicação dos institutos da decadência e prescrição.

Sabe-se bem que efeito vinculante é atributo exclusivo do verbete da súmula, não atingindo a sua fundamentação. Todavia, não se pode fechar os olhos para o entendimento adotado pela mais alta Corte de Justiça do nosso país, há muito tempo, vale frisar, como se as decisões judiciais não passassem de mera recomendação. Ademais, não nos parece que seja necessário que o STF edite uma súmula vinculante específica para o caso da legislação do Estado da Bahia para que se aplique o entendimento jurisprudencial pacificado de forma inconteste nos Tribunais Superiores.

Portanto, em termos de decadência, as normas do CTN devem prevalecer sobre as disposições constantes do COTEB.

Veja-se que o CTN prescreve as normas de decadência em dois dispositivos: art. 173, I, e art. 150, §4º, a seguir transcritos, in verbis:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

“Art. 150. (...)

§ 4º. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

Ou seja, há, no CTN, duas regras distintas referentes à definição do termo a quo do prazo decadencial; cabendo ao intérprete definir quando ele coincide com o fato gerador (lançamento por homologação) e quando ele é protelado para o primeiro dia útil do exercício seguinte (lançamento de ofício).

Uma premissa parece facilitar bastante o deslinde da questão e ela diz respeito ao significado da palavra homologar. Segundo o dicionário Michaellis, homologar quer dizer “confirmar por sentença ou autoridade judicial ou administrativa; aprovar”. Logo, o ato que é sujeito à homologação é o pagamento realizado pelo contribuinte; é ele que será verificado pela autoridade administrativa fiscal e, se estiver correto, será aprovado, confirmado. Não se homologa o lançamento feito pelo contribuinte, até mesmo por ser discutível o chamado “lançamento por homologação”, vez que não se enquadra no conceito de atividade “administrativa plenamente vinculada” a que faz referência o art. 3º, do CTN.

Firmada tal premissa, é de se concluir que, se houve pagamento do tributo, ainda que parcial, o prazo decadencial conta-se a partir da ocorrência do fato gerador, consoante estabelece o parágrafo 4º, do art. 150, do CTN. Do contrário, ou seja, se não houve recolhimento do tributo, nem mesmo parcial, a decadência somente começa a ser computada do primeiro dia do exercício seguinte, conforme o art. 173, I, do CTN.

O entendimento ora esposado não representa nenhuma novidade, pois vem sendo adotado, há muito tempo, pelo Superior Tribunal de Justiça. A própria Procuradoria Geral da Fazenda

Nacional, atenta a isso e, principalmente, aos elevados gastos suportados pela União com a sucumbência gerada pela defesa, infértil, de tese contrária, já adotou internamente o mesmo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, através do Parecer nº 1617/2008, cujos trechos principais pede-se vênia para transcrever:

“3031. Assim, com base em magistério de Leandro Paulsen, conclui-se que:

- a) no caso do pagamento parcial da obrigação, independentemente de encaminhamento de documentação de confissão (DCTF, GFIP ou pedido de parcelamento), o prazo de decadência para o lançamento de ofício da diferença não paga é contado com base no § 4º, do art. 150, do Código Tributário Nacional;
- b) no caso de não pagamento, nas hipóteses acima elencadas (com ou sem o encaminhamento de documentação de confissão), o prazo é contado com base no inciso I, do art. 173, do CTN;
- c) de qualquer sorte, nos casos em que a declaração foi prestada ou houve parcelamento, não haveria a necessidade de lançar o valor já declarado, mas sim apenas a diferença, o que se tem chamado de lançamento suplementar.

[...]

3738. É recorrente a fixação do dies a quo do prazo de decadência na data da ocorrência do fato gerador quando da antecipação do pagamento sem prévio exame da autoridade fiscal. Isto é, ainda que o recolhimento seja parcial, as diferenças são exigíveis, a partir do fato gerador da obrigação. Mas, e quando não se tem o pagamento antecipado? No Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 936380/SC, relatado pelo Ministro Castro Meira, matéria julgada em 19 de fevereiro de 2008, ementou-se, como segue:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EXAÇÃO SUJEITA A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ARTIGOS 150, § 4º, E 173, I, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7/STJ. 1. Se não houve pagamento antecipado pelo contribuinte, é cabível o lançamento direto substitutivo, previsto no artigo 149, V, do CTN, e o prazo decadencial rege-se pela regra geral do artigo 173, I, do CTN. Precedentes”.

(...)

a) A Súmula Vinculante nº 8 não admite leitura que suscite interpretação restritiva, no sentido de não se aplicar - - efetivamente - - o prazo de decadência previsto no Código Tributário Nacional; é o regime de prazos do CTN que deve prevalecer, em desfavor de quaisquer outras orientações normativas, a exemplo das regras fulminadas;

(...)

d) para fins de cômputo do prazo de decadência, não tendo havido qualquer pagamento, aplica-se a regra do art. . 173, inc. I do CTN, pouco importando se houve ou não declaração, contando-se o prazo do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

e) para fins de cômputo do prazo de decadência, tendo havido pagamento antecipado, aplica-se a regra do § 4º do art. 150 do CTN;

Havendo recolhimento a menor do imposto ou utilização indevida de crédito fiscal, implica dizer que o contribuinte recolheu parcialmente o tributo devido. Veja-se que a compensação crédito/débito lançada na conta corrente do contribuinte estava em parte correta.

Ora, compensação é meio de pagamento, é modalidade de extinção do crédito tributário expressamente prevista no art. 156, II, do CTN. Na apuração mensal do ICMS, o contribuinte lança os seus créditos e débitos e encontra, ao final do mês, um saldo devedor ou um saldo credor de imposto, logo, ainda que tenha utilizado algum crédito indevidamente, é fato que o contribuinte realizou o pagamento antecipado a que alude o §4º do art. 150, do CTN.

Assim sendo, deve ser aplicado o prazo previsto no art. 150, §4º, do CTN, para que se conclua, sem sobressaltos, que o prazo decadencial, na espécie, iniciou-se na data da ocorrência de cada fato gerador, estando, portanto, irremediavelmente extinto pela decadência o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos 5 anos antes da intimação do sujeito do passivo.

Frise-se que o crédito tributário só é constituído com o lançamento eficaz, para o qual é imprescindível a regular notificação do contribuinte para o oferecimento de defesa. A pura e simples lavratura do Auto de Infração não tem o condão de constituir o crédito tributário. Tão somente após a regular notificação do sujeito passivo é que o lançamento tributário se perfaz. Neste sentido, a jurisprudência pacífica do STJ:

AGRADO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE E EXIGIBILIDADE. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. PUBLICAÇÃO DE EDITAIS. EFICÁCIA DO ATO. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA NÃO-SURPRESA FISCAL.

1. A notificação do lançamento do crédito tributário constitui condição de eficácia do ato administrativo tributário, mercê de figurar como pressuposto de procedibilidade de sua exigibilidade.

2. Hipótese em que a controvérsia a ser dirimida nos presentes autos cinge-se aos seguintes tópicos: (a) se a ausência de notificação do lançamento do crédito tributário o torna inexistente e, portanto, restaria configurada a impossibilidade jurídica do pedido; (b) se há a necessidade de publicação de editais em jornais de circulação local, bem como a publicação de editais para notificação do vencimento da contribuição sindical rural; e (c) sendo publicado o edital no Diário Oficial torna-se desnecessária sua publicação em jornal local de maior circulação.

3. "A notificação ao sujeito passivo é condição para que o lançamento tenha eficácia. Trata-se de providência que aperfeiçoa o lançamento, demarcando, pois, a constituição do crédito que, assim, passa a ser exigível do contribuinte - que é instado a pagar e, se não o fizer nem apresentar impugnação, poderá sujeitar-se à execução compulsória através de Execução Fiscal - e oponível a ele - que não mais terá direito a certidão negativa de débitos em sentido estrito.

A notificação está para o lançamento como a publicação está para a Lei, sendo que para esta o Mi. Ilmar Galvão, no RE 222.241/CE, ressalta que: 'Com a publicação fixa-se a existência para a lei e identifica-se a sua vigência...' (...)" (Leandro Paulsen, in "Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência", Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006, p. 1076).

4. A notificação constitui-se ato administrativo de intercâmbio procedural que imprime eficácia a outro ato administrativo - o lançamento - no sentido de dar ciência ao sujeito passivo da formalização do crédito tributário e dos termos de sua exigibilidade, consoante a lição de Paulo de Barros Carvalho, in "Curso de Direito Tributário", Saraiva , 1998, p. 274.

5. Conseqüentemente, a sua falta implica em ausência de pressuposto válido e regular de constituição e desenvolvimento do processo.

[...]

(AgRg no REsp 950.156/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.10.2007, DJ 29.10.2007 p. 195)

TRIBUTÁRIO. DECLARAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES DE TRIBUTOS FEDERAIS - DCTF.

COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CRÉDITO NÃO CONSTITUÍDO DEVIDAMENTE. CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL.

1. É pacífico na jurisprudência desta Corte que a declaração do tributo por meio de DCTF, ou documento equivalente, dispensa o Fisco de proceder à constituição formal do crédito tributário.

2. Não obstante, tendo o contribuinte declarado o tributo via DCTF e realizado a compensação nesse mesmo documento, também é pacífico que o Fisco não pode simplesmente desconsiderar o procedimento adotado pelo contribuinte e, sem qualquer notificação de indeferimento da compensação, proceder à inscrição do débito em dívida ativa com posterior ajuizamento da execução fiscal.

3. Inexiste crédito tributário devidamente constituído enquanto não finalizado o necessário procedimento administrativo que possibilite ao contribuinte exercer a mais ampla defesa, sendo vedado ao Fisco recusar o fornecimento de certidão de regularidade fiscal se outros créditos não existirem.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 999.020/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13.05.2008, DJ 21.05.2008 p. 1)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 530 DO CPC. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. AÇÃO DE COBRANÇA. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A DEMANDA. ACÓRDÃO QUE, POR MAIORIA, RECONHECEU A NULIDADE DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO E DETERMINOU A EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. EMBARGOS INFRINGENTES. CABIMENTO.

1. Malgrado o acórdão recorrido, com base no art. 267, VI, do CPC, reconheça a inexistência de "qualquer das condições da ação", porquanto o "lançamento nulo e a falta da notificação acarretam a inexistência formal do crédito tributário", emite juízo de mérito sobre o título que supostamente legitima a cobrança da contribuição sindical. Assim, conclui-se que a hipótese amolda-se à regra prevista no art. 530 do CPC — acórdão por maioria, proferido em sede de apelação, que reformou a sentença de mérito —, razão pela qual é viável a apresentação de embargos infringentes.

Nesse sentido: REsp 855.148/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 9.10.2006.

2. Recurso especial provido.

(REsp 734.448/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04.12.2007, DJ 18.02.2008 p. 24)

AGRADO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL.

PROCESSO CIVIL. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PUBLICAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO EM JORNais LOCAIS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 605 DA CLT. NECESSIDADE.

CONDICÃO DE PROCEDIBILIDADE E EXIGIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA NÃO-SURPRESA FISCAL. ACÓRDÃO RECORRIDO NO MESMO SENTIDO DO ENTENDIMENTO PACIFICADO NO STJ.

APLICAÇÃO DA SÚMULA 83/STJ.

[...]

6. A notificação do lançamento do crédito tributário constitui condição de eficácia do ato administrativo tributário, mercê de figurar como pressuposto de procedibilidade de sua exigibilidade.

7. Hipótese em que a controvérsia a ser dirimida nos presentes autos cinge-se aos seguintes tópicos: (a) se há a necessidade de publicação de editais em jornais de circulação local; e (b) sendo publicado o edital no Diário Oficial torna-se desnecessária sua publicação em jornal local de maior circulação.

8. A notificação constitui-se ato administrativo de intercâmbio procedural que imprime eficácia a outro ato administrativo - o lançamento - no sentido de dar ciência ao sujeito passivo da formalização do crédito tributário e dos termos de sua exigibilidade, consoante a lição de Paulo de Barros Carvalho, in "Curso de Direito Tributário", Saraiva, 1998, p. 274.

9. Consectariamente, a sua falta implica em ausência de pressuposto válido e regular de constituição e desenvolvimento do processo.

[...]

(AgRg no Ag 922.099/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03.06.2008, DJ 19.06.2008 p. 1)

Destarte, acolho a preliminar de decadência para excluir todos os fatos geradores, referentes ao período de janeiro a julho de 2007, ocorridos há mais de 5 anos, contados da data da ciência do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à preliminar de decadência, com voto de qualidade do presidente e, por unanimidade quanto ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206891.0010/12-9, lavrado contra **PARMALAT BRASIL S.A. - INDÚSTRIA DE ALIMENTOS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$527.248,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) - Conselheiros(as): Álvaro Barreto Vieira, Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência) - Conselheiros: Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo, Leonardo Baruch Miranda Souza e Oswaldo Ignácio Amador.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO - VOTO DIVERGENTE
(Preliminar de decadência)

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