

PROCESSO - A. I. N° 206891.0025/13-4
RECORRENTE - COMPANHIA BRASILEIRA DE ALUMÍNIO
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF n° 0236-03/15
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/04/2017

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0059-11/17

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. FALTA DE OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA. Muito embora, na defesa, o sujeito passivo tenha demonstrado irresignação relativa ao erro no registro das datas de ocorrência, o processo foi convertido em diligência duas vezes e em nenhuma delas foi determinada a retificação e a reabertura do prazo de impugnação, ambas necessárias à legalidade e ao exercício do direito de defesa. Para que haja impugnação relativa à decadência, é preciso que o autuado saiba, com segurança, certeza e clareza, quais são as efetivas datas a que se refere a imputação. Os autos deverão retornar à primeira instância para novo julgamento, a salvo de falhas. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por meio do Acórdão da 3^a JJF n° 0236-03/15, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 30/07/2013 para exigir ICMS na cifra de R\$150.446,57, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a" da Lei n° 7.014/1996, sob a acusação de utilização indevida do crédito relativo às operações de transferências interestaduais, nas quais o remetente figurou como fabricante dos produtos transferidos, com bases de cálculo fixadas na unidade federativa de origem em valores superiores aos previstos no art. 13, § 4º, II da Lei Complementar (LC) n° 87/1996.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 18/11/2015 (fls. 484 a 505) e decidiu pela Procedência Parcial por unanimidade, nos termos a seguir reproduzidos.

"VOTO

Trata o presente processo de exigência de ICMS, em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal, no exercício de 2008, em função de operações interestaduais de transferências de mercadorias com base de cálculo fixada pela unidade Federada de origem, em montante superior àquele estabelecido em lei complementar.

O defensor suscitou a nulidade do lançamento fiscal sob o argumento de que os Autuantes indicaram como períodos autuados, os meses de dezembro de 2008 e janeiro a novembro de 2009. Contudo, ao analisar os demonstrativos de débito anexados aos Autos, verificou erro material, visto que os demonstrativos se reportam ao ano de 2008.

Os autuantes na informação fiscal reconheceram que realmente houve um equívoco de digitação quanto do registro da data de ocorrência no demonstrativo do débito do auto de infração. Em vez de consignar a data 30.01.2008, equivocadamente, foi registrado 30.12.2008, uma troca indevida de 01 por 12 e assim sucessivamente. Explicaram que, como o infrator e a infração foram claramente determinados, com segurança, não há que se falar de nulidade, bastando apenas se alterar as datas no demonstrativo, a começar por janeiro de 2008 até dezembro de 2008.

Analizando os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o equívoco apontado pela defesa, de fato ocorreu no corpo do auto de infração. No entanto, estão corretas as datas registradas nas planilhas que dão suporte à autuação, apensadas às fls.14 a 26 e que foram recebidas pelo autuado conforme documento fls.11/12.

Após a informação fiscal, o impugnante se manifestou fls. 320/330, demonstrando ter tomado total conhecimento do equívoco cometido pela fiscalização e devidamente explicado pelos autuantes, se manifestando sobre esses fatos.

No curso da instrução, o processo foi convertido em diligência à ASTEC/CONSEF que resultou no Parecer Técnico 31/2015 reduzindo o valor do débito originalmente cobrado e cujo demonstrativo de débito feito fl. 419, foi apresentado ao autuado com as datas registradas corretamente e sobre o qual o contribuinte tomou conhecimento e se manifestou.

Observo que as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação, não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, nos termos do § 1º do art. 18 do RPAF/99.

Não vislumbro na autuação a violação ao devido processo legal e a nulidade suscitada pelo contribuinte. Observo que a ampla defesa e o contraditório foram exercidos plenamente, haja vista que o sujeito passivo demonstrou perfeito conhecimento da infração que lhe foi imputada, a qual foi fundamentada em demonstrativos analíticos cujas cópias lhe foram fornecidas e que tiveram como base, dados informados pelo próprio autuado.

Ademais ficou evidenciado, tanto na impugnação ao lançamento de ofício, quanto pelo teor das demais manifestações no processo, que o contribuinte entendeu claramente a irregularidade que lhe foi imputada, tendo exercido tempestivamente seu direito de defesa e, inclusive, pronunciando-se quanto ao mérito neste processo.

Dessa forma, ficam rejeitadas as nulidades argüidas diretamente pelo autuado, por não se enquadarem em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99, uma vez que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, vez que foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, restando clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes do processo administrativo fiscal.

Sobre a argüição de decadência, o art. 107-A do COTEB, em conformidade com o que prevê o § 4º do art. 150, do CTN, determinava o início da contagem do prazo decadencial no primeiro dia do exercício seguinte da ocorrência dos fatos geradores.

Com o advento da Lei no 13.199 de 29/11/2014, o art. 107-A do COTEB foi revogado, entretanto, remanesce entendimento tanto da PGE/PROFIS como deste CONSEF, da impossibilidade de sua aplicação retroativa para surtir efeito em relação a fato gerador constituído sob a égide da legislação tributária à época vigente - por se tratar de norma jurídica de natureza material e não procedural - a exemplo das recentes decisões proferidas pelas Câmaras de Julgamento Fiscal nos Acórdãos CJFs No 0031-11/15 e 0050-12/15.

Observo que a disposição do artigo 173, I, do CTN, prevê que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco anos), contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, o prazo para constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os artigos 173, I, do CTN, não podendo prosperar a argüição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcança o exercício de 2008, valendo dizer que a contagem iniciou-se em 01/01/2009 com termo final em 31/12/2014.

Vejo que o auto de infração foi lavrado dia 30/07/2013 e o autuado tomou ciência dia 22/08/2013, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não há que se falar em homologação tácita do lançamento e, por consequência, em decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme argüido pelo impugnante.

Diante do exposto, não acolho a argüição de extinção do crédito tributário por ocorrência de decadência ou homologação tácita do lançamento.

No mérito, está sendo exigido ICMS em razão de utilização indevida de crédito fiscal, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade Federada de origem, superior à estabelecida em lei complementar, no art. 13, § 4º, II, da LC no 87/96, norma esta reproduzida na Lei no 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia, no seu art. 17, § 7º, II, como também no art. 56, V, "b", do RICMS/BA, assim entendida como a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, sendo legítima a exigência de glosa de crédito fiscal decorrente de valor da base de cálculo a mais nas operações de transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular.

Conforme consta nas informações complementares no corpo do auto de infração, o trabalho fiscal foi elaborado com base na planilha de custo de produção apresentada pela própria empresa autuado, que o fez tanto em meio físico, quanto em meio magnético, onde consta a discriminação dos itens dos custos de produção por código de produto. Com base nesses dados, foi elaborada a planilha onde foram considerados os custos que estão de

acordo com a LC 87/96 (matéria prima, material secundário e acondicionamento).

Analisando os elementos do PAF, constato que a lide gira em torno da discussão sobre quais os elementos utilizados no processo produtivo da empresa estariam contemplados no conceito de custos disposto no art. 13, § 4o, II, da Lei Complementar no. 87/1996.

Nas razões de defesa o autuado rebateu a autuação com as seguintes alegações: (i) disse que o auto de infração contraria a natureza exemplificativa dos elementos do custo mencionados no art. 13, § 4o, II, da Lei Complementar no. 87/1996; (ii) que o conceito de custo de produção é definido pela Ciência Contábil não podendo ser alterado pela legislação tributária, com a finalidade de arrecadar tributos; (iii) que o procedimento adotado pela empresa com relação a composição dos custos de produção estão em conformidade com a Norma de Procedimento Contábil (NPC) 2, do Instituto dos Auditores Independentes do Brasil - Ibracon, que determina que a base de cálculo nas transferências interestaduais corresponde a todos os custos com a produção industrial, tal como se extrai da Decisão Normativa CAT no 5/2005, estando a referida decisão em total compasso com o artigo 13, § 4o, II, da Lei Complementar no 87/96; (iv) que o auto de infração glosou produtos que nitidamente são materiais secundários, tais como: energia elétrica e gás natural consumidos no setor de produção; (v) disse ser importante considerar o processo produtivo do alumínio e suas diversas fases, com especial atenção para a aplicação da energia elétrica e do gás natural em tal processo; (vi) que a energia elétrica, juntamente com a bauxita, são imprescindíveis para a fabricação do alumínio, descrevendo sua aplicação no processo produtivo; (vii) cita o Parecer Técnico elaborado pela “Escola Politécnica – Universidade Federal da Bahia” esclarecendo a utilização dos materiais secundários no processo produtivo do alumínio; (viii) e que a multa aplicada deve ser relevada.

No que diz respeito a alegação defensiva de que o conceito de custo de produção é definido pela Ciência Contábil não podendo ser alterado pela legislação tributária, ressalto que o argumento de que o “custo de produção” definido pela Resolução CFC 1.177/09 é correto quando incorpora todos os gastos incorridos na fabricação dos produtos, mas isso é válido para cumprimento da legislação societária e apuração do lucro (ajustado pelas adições e exclusões) do Imposto de Renda. Porém, em se tratando da legislação do ICMS e partilha do imposto previsto no pacto federativo, para efeito de transferência de mercadorias de estabelecimento localizado em outro Estado, a base de cálculo ou “custo da mercadoria produzida” deve ficar restrita a soma do custo da matéria prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento, como previsto no art. 13, §4o da LC 87/96.

O defensor alegou que adotou procedimento na determinação da base de cálculo nas transferências interestaduais em conformidade com as disposições da Decisão Normativa do CAT no. 05/2005.

Saliento que, em se tratando de norma complementar a legislação do Estado de São Paulo, a referida Decisão Normativa reflete o entendimento da administração tributária daquele Estado, que não é o mesmo manifestado pela administração tributária do Estado da Bahia, a exemplo da Instrução Normativa no 52/2013 que esclarece qual deve ser a base de cálculo nas transferências interestaduais de mercadoria, nos termos da Lei Complementar no 87/96 para efeito de utilização de crédito fiscal, que limita o custo da mercadoria produzida a Matéria prima, Material Secundário, Mão de Obra Direta e Acondicionamentos.

Quanto ao argumento de que a exigência fiscal contraria o princípio da não cumulatividade ao limitar a utilização do crédito fiscal em relação ao valor do ICMS que foi pago na fase anterior, verifico que a definição da base de cálculo é matéria reservada à Lei Complementar Federal. No caso, é a aplicação da LC 87/96 (art. 13, §4º, II), que estabeleceu um custo específico para a constituição da base de cálculo nas operações de transferências interestaduais (matéria prima, material secundário, acondicionamento e mão de obra direta) que não corresponde exatamente ao custo contábil.

Portanto, o montante do crédito a ser admitido corresponde à soma dos valores que constitui a base de cálculo das transferências interestaduais, mediante aplicação da alíquota prevista para estas operações. Logo, ao incluir outros componentes na base de cálculo que a não permitida pela Lei, o contribuinte gerou um débito fiscal superior ao que é previsto na legislação tributária e consequentemente um crédito fiscal suportado pelo Estado da Bahia, maior que o estabelecido na Lei, o que configura uma utilização indevida de crédito.

Há de se ressaltar que a definição da base de cálculo do ICMS é matéria reservada à Lei Complementar, em face da dicção do art. 146, III, “a”, da Constituição Federal, sendo que o comando contido no art. 13, § 4o, da multicitada Lei Complementar 87/96 é bastante específico e não admite nenhum outro tipo de custo além daqueles ali elencados, por uma questão de política tributária entre os entes Federados.

Assim, qualquer item de custo compondo a base de cálculo do ICMS nas operações de transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular distinto dos especificados no art. 13, § 4o, II, da LC no 87/96, quais sejam os custos com matéria-prima, material secundário, mão- de-obra e acondicionamento devem ser expurgados para efeito de determinação da base de cálculo legal, implicando no subsequente estorno do respectivo crédito fiscal lançado.

No caso específico da presente autuação, com base na planilha de custos apresentada pelo próprio autuado

admitiu-se a utilização do crédito fiscal nas operações interestaduais de transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, apenas dos itens: (a) custo da matéria-prima; (b) (mão-de-obra) e (c) (embalagens).

Os demais itens: “depreciação”, “energia elétrica”, “manutenção” e “outros custos”, foram expurgados da composição da base de cálculo do ICMS, pelos autuantes na presente autuação.

Observo que a definição da base de cálculo do ICMS é matéria reservada à Lei Complementar, em face da dicção do art. 146, III, “a”, da Constituição Federal, sendo que o comando contido no art. 13, § 4o, da Lei Complementar 87/96 é bastante específico e não admite nenhum outro tipo de custo além dos elencados, conforme a seguir destacado:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

§ 4o Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

Norma esta reproduzida na Lei no. 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia, em seu art. 17, § 8o, II:

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

§ 8o Na saída de mercadoria para estabelecimento pertencente ao mesmo titular localizado em outra unidade da Federação a base de cálculo do imposto é:

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

Como também, no art. 56, V, “b”, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto no 6.284 de 14 de março de 1997, vigente à época dos fatos geradores:

Art. 56. A base de cálculo do ICMS, nas operações internas e interestaduais realizadas por comerciantes, industriais, produtores, extratores e geradores, quando não prevista expressamente de forma diversa em outro dispositivo regulamentar, é:

V - na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular:

a) o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

b) o custo da mercadoria produzida, assim entendido a soma do custo da matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão-de-obra;

Assim, uma vez apurado o custo de produção apenas com os itens estabelecidos em lei - matéria- prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento – (art. 13, § 4o, II, da LC no 87/96), os demais itens de custos – depreciação, manutenção, gás natural, energia elétrica e outros – não foram incluídos, pelos autuantes, na composição da base de cálculo, para apuração do crédito devido de ICMS, em operações de transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular.

Registro que não se discute aqui a essencialidade dos itens de custos glosados na presente autuação, quais sejam “depreciação”, “manutenção”, “gás natural” e “outros custos” no processo produtivo do autuado para a fabricação do alumínio. E sim, que tais itens de custos, para efeito de apuração da base de cálculo do ICMS, quando das transferências interestaduais de produtos fabricados e remetidos pelo estabelecimento industrial para estabelecimentos filiais da mesma empresa, não compreende entre os elementos de custo de produção definidos no art. 13, § 4o, II, da LC no. 87/96, que autoriza o uso do crédito do ICMS, por não se caracterizar como matéria-prima, nem material secundário e muito menos como mão-de-obra e acondicionamento, razão da legítima glosa para efeito de apuração de crédito fiscal decorrente de valor da base de cálculo nas operações de transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, cuja restrição normativa decorre de uma questão de política tributária entre os entes federados, nos casos de transferências da produção, hipótese essa diferenciada para a apropriação dos créditos relativos aos insumos na produção fabril.

Observo, como já citado anteriormente, que o levantamento fiscal foi efetuado conforme planilha de fls. 14 a 26 do PAF, denominada “Estorno de Crédito – Custo Transferência”, e o estorno foi calculado com base no custo de produção fornecido pelo autuado, com a exclusão das rubricas “Depreciação”, “Manutenção”, “Gás Natural”, “Energia Elétrica” e “Despesas Gerais de Fabricação”, comparado com a base de cálculo constante nos documentos fiscais, aplicando-se a alíquota de origem. No citado levantamento o sujeito passivo não apontou erros ou inconsistências nos cálculos levados a efeito pelos autuantes.

Desta forma, considerando que nas operações interestaduais de transferências a definição da base de cálculo é matéria reservada à Lei Complementar, a mesma não pode ser modificada por nenhuma lei ou norma estadual.

Assim, nas operações de transferências de mercadorias produzidas em um estado e remetidas para estabelecimento pertencente ao mesmo titular, localizado em outra unidade da Federação, o tratamento a ser dispensado necessariamente deve ser aquele previsto na Lei Complementar.

Relativamente a alegação do autuado, no que diz respeito ao caráter peculiar exercido pela energia elétrica no seu processo produtivo, registro que, considerando Parecer opinativo da PGE/PROFIS, existente em outro Auto de Infração lavrado contra a mesma empresa, sobre a matéria aqui em discussão, no sentido de que, de fato, a energia elétrica deve compor o custo de produção do estabelecimento autuado, esta 3a JJF converteu o presente PAF em diligência, com a finalidade de incluir os referidos custos no levantamento fiscal.

Os autuantes não cumpriram a diligência nos termos solicitados. Entretanto, se manifestaram reiterando que as exclusões das rubricas de custo levadas à efeito estariam em consonância com as orientações contidas na Instrução Normativa 052/2013.

O autuado se manifestou a respeito do pedido de diligência, entendendo ser esta restritiva, salientando somente a energia elétrica. Disse que a discussão no presente processo diz respeito a uma gama maior de materiais. Nesse sentido, pugnou pela ampliação do escopo da diligência não se restringindo somente a análise da “energia elétrica”. Afirmou ainda, ser inaplicável, os Autuantes trazerem para discussão, com a apresentação de outros julgados, a Instrução Normativa no 052/2013, referente ao tópico sobre a exclusão da energia elétrica da base de cálculo das operações de transferência interestadual. Aduziu que o ato posterior inovou no ordenamento jurídico ao estabelecer restrição não prevista anteriormente, razão pela qual a IN no. 052/2013 somente poderia ser aplicada com relação a fatos futuros, por força do disposto no art. 146 do CTN e pugnou pela reintegração à base de cálculo das transferências de todos os produtos secundários indevidamente expurgados pelo auto de infração.

O sujeito passivo apresentou o entendimento de que a Instrução Normativa no 52/2013 afronta o conceito legal, a definição da base de cálculo do ICMS contido nos arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional, e ainda que a lei tributária quando interpretativa não pode retroagir.

Sobre esta alegação, registro que este não é o caso da Instrução Normativa no 52/2013, pois esta legislação é meramente interpretativa. Nela consta a orientação de como deve ser formalizada a base de cálculo no caso de operações interestaduais de transferências de mercadorias com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem. Como as Instruções Normativas não podem transpor, inovar ou modificar o texto da norma que complementam não se pode afirmar que a mencionada Instrução Normativa criou novas regras para a situação em comento.

Tendo em vista que o pedido de diligência à Infaz de Origem, para que os autuantes incluíssem o citado item na base cálculo das transferências interestaduais não logrou êxito, esta Junta de julgamento deliberou converter os autos em diligência à ASTEC para que diligente designado procedesse a inclusão dos valores relativos aos gastos com energia elétrica na base de cálculo das operações de transferências interestaduais objeto da autuação.

Intimado a tomar ciência do resultado da diligência, o autuado reconheceu a inclusão dos gastos com energia elétrica na base cálculo das transferências interestaduais, reiterou seu pedido quanto à decadência, pugnou pela inclusão na base de cálculo também dos gastos com gás e manteve seu pedido pela improcedência. Os autuantes se manifestaram concordando com o resultado da diligência.

Não acato os argumentos do autuado no que tange a inclusão nos custos de produção, de todos os itens entendidos pelo autuado como material secundário, inclusive os gastos com gás natural, pois considero que em conformidade com diversos julgados deste CONSEF, os itens glosados no levantamento fiscal, a exceção dos gastos com energia elétrica, não se incluem entre os elementos de custo de produção definidos no multicitado dispositivo da LC no. 87/96, conforme argumentos já expeditos ao longo deste voto.

Por tudo que foi exposto, concluo que o estabelecimento produtor situado em outra unidade da Federação, ao transferir mercadoria para o estabelecimento pertencente ao mesmo titular localizado no Estado da Bahia, incluiu valores não previstos na LC 87/96. Este procedimento resultou numa base de cálculo maior que a estabelecida no mencionado diploma legal, gerando um débito fiscal maior do que o previsto na legislação no estabelecimento remetente e um crédito utilizado a mais do que o previsto, o que constitui um crédito fiscal indevido, de acordo com o disposto no art. 93, § 5º, inciso II e com o art. 97, inciso VIII do RICMS/97.

Acolho o novo demonstrativo de débito conforme Parecer ASTEC no 31/15, fls. 415 a 417 e o valor do lançamento fiscal remanesce em R\$144.210,13 fl. 419. Infração parcialmente caracterizada.

Por fim, no tocante à alegação de que a multa aplicada de 60% é abusiva e confiscatória, observo que a citada multa não merece reparo, ou seja, sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42, VII, “a”, da Lei no 7.014/96, portanto legal. Quanto ao caráter confiscatório, inconstitucional, não pode ser apreciado por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Quanto à pretensão de que as intimações também sejam postadas, publicadas ou diligenciadas em nome do seu patrono, do Dr. Otto Cristovam Silva Sobral, inscrito na OAB/RJ sob o no.146.539, no seu endereço profissional situado na Rua Sete de Setembro, 54, 3º andar, Centro, Cidade e Estado do Rio de Janeiro, CEP 20.050-009, há de se registrar que não existe nenhum óbice em acatar o pedido, no entanto, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do ato, uma vez que a forma de intimação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do RPAF/99, e em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração."

Com fundamento no art. 169, I, "b" do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 515 a 546, no qual inicia aduzindo a tempestividade da peça, bem como sintetizando a acusação e o julgamento da instância de base.

Preliminarmente, com base nos princípios do contraditório, da ampla defesa, da motivação dos atos administrativos, do devido processo legal e da legalidade, e nos arts. 18, IV e 39, IV do RPAF-BA/1999, transcrevendo doutrina, juntamente com Decisões deste Conselho de Fazenda, suscita a nulidade do lançamento de ofício, tendo em vista o equívoco cometido pelos auditores ao registrarem as datas de ocorrência. O período efetivamente fiscalizado, conforme indicam os demonstrativos, foi o de janeiro a dezembro de 2008, muito embora do Auto de Infração constem os meses de dezembro de 2008 a novembro de 2009.

No mérito, fundamentado no art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), afirma ter ocorrido a decadência do direito do Fisco de constituir crédito tributário referente aos meses de janeiro a agosto de 2008 (fl. 531), uma vez que a ciência se deu no dia 22/08/2013.

Qualifica de legítima a base de cálculo adotada nas transferências interestaduais, pois entende, a partir de uma interpretação sistemática e teleológica, em obediência ao art. 110 do CTN, que proíbe a alteração - na esfera tributária -, do conteúdo de instituto pertencente ao Direito Privado, que o art. 13, § 4º, II da LC nº 87/1996 é meramente exemplificativo, do qual devem constar todos os gastos, diretos e indiretos.

Tendo agido, segundo alega, em conformidade com a legislação da unidade da Federação de origem, cuja ilegalidade não pode ser aventada pelo Fisco baiano, transcreve a Decisão Normativa CAT nº 05/2005, do Estado de São Paulo, e contesta a autuação referente aos itens que assegura serem produtos intermediários, como gás natural, soda cáustica, água industrial, caldeira a óleo, ácido sulfúrico, cal virgem, floculante e óleo combustível.

Em seguida, às fls. 540 a 545, mencionando Decisão de segunda instância do CONSEF/BA (Acórdão CJF nº 0201-11/06), especifica os detalhes do seu processo produtivo e discrimina os papéis que nele exercem as despesas gerais, a depreciação e o gás natural, este último utilizado em caldeiras, onde é queimado com o oxigênio para a geração de vapor, o qual é necessário para o aquecimento da soda cáustica necessária à indução da reação química de transformação da alumina, presente na bauxita, em aluminato de sódio.

Outra parcela do gás natural é usada no processo de calcinação, que consiste na remoção da água do hidrato de alumínio para a obtenção do óxido de alumínio. A realização de tal procedimento somente é possível com o aquecimento do hidrato a 940°C, o que se dá com a utilização do gás natural nos calcinadores.

Fornece endereço para comunicações processuais e encerra pleiteando o provimento do Recurso.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fl. 554, da lavra da procuradora Maria José Coelho Sento-Sé, solicita a realização de diligência, com vistas à exclusão dos valores referentes à soda cáustica e à energia elétrica.

VOTO

De acordo com o comando contido no § 1º do art. 18 do RPAF-BA/1999, o simples erro na aposição

de datas de ocorrência não constitui vício insanável do lançamento de ofício. Todavia, devem ser adotadas as providências necessárias para a correção, sem que com isso restem atingidos princípios jurídicos fundamentais, como os da ampla defesa, da legalidade e do devido processo legal.

Sob o prisma, por exemplo, da decadência, o aspecto temporal está intimamente relacionado com a natureza própria do ilícito. Para que restem observados os indigitados princípios, bem como o dispositivo regulamentar referido, é preciso que o órgão julgador, de maneira a esclarecer a "*natureza da infração*", diga qual é esta natureza e reabra o prazo de defesa, o que não ocorreu.

Na informação fiscal, os auditores reconheceram o cometimento de erro quanto ao registro das ocorrências no Auto de Infração. Ao invés de consignarem a data de 30/01/2008 na primeira linha, equivocadamente, lançaram 30/12/2008, e assim sucessivamente. Com isso, restou consignado, na peça inicial, o período de dezembro de 2008 a novembro de 2009, quando o correto seria janeiro a dezembro de 2008.

Muito embora, à fl. 299 (defesa), o sujeito passivo tenha demonstrado irresignação relativa a este equívoco, o processo foi convertido em diligência duas vezes (fls. 366 e 413) e em nenhuma delas foi determinada a retificação e a reabertura do prazo de impugnação, ambas necessárias à legalidade e ao exercício do direito de defesa.

As duas conversões ocorreram para que fossem deduzidos dos levantamentos, ou seja, da exigência, os valores atinentes à rubrica energia elétrica. Foi concedido, nas duas vezes, o prazo de 10 (dez) dias para que o fiscalizado se manifestasse.

Diante desses erros, deve-se atentar, em especial, para a questão do prazo de decadência, em relação ao qual, com vistas a que seja devidamente abordado pelo deficiente, é preciso que esse saiba, com certeza, segurança e clareza, quais são as efetivas datas a que se refere a imputação. Ou seja, é direito do contribuinte ter o pleno conhecimento, durante o intervalo temporal para impugnar previsto na legislação, e não apenas durante 10 (dez) dias, das datas corretas dos atos infracionais dos quais é acusado.

Conforme passarei a expor nas linhas seguintes, não houve o indigitado conhecimento sequer durante 10 (dez) dias, que é o prazo para se manifestar sobre diligências.

No demonstrativo da revisão de fl. 419, sem que nada tenha sido dito a este respeito no corpo do Parecer ASTEC nº 031/15, de fls. 415 a 417, o diligente corrigiu as datas. Na verdade, não estava obrigado a corrigir ou a dizer, pois não foi requerida opinião técnica a respeito da matéria. Mas o fato é que retificou por sua resolução, e o fez de forma acertada, tanto que a Junta de Julgamento Fiscal acolheu o levantamento (de fl. 419).

Entretanto, o demonstrativo revisional acolhido contém correções de data não solicitadas nas conversões do PAF em diligência (fls. 366 e 413). Isso, juntamente com o fato de o Parecerista não ter emitido opinião sobre a alteração que levou a efeito por sua iniciativa, causou óbice à elaboração das respectivas manifestações e maculou a transparência que deve permear os atos administrativos, especialmente os opinativos e decisórios.

No dia do julgamento, antes de a Decisão ser proclamada, não se sabia quais eram as datas corretas, principalmente porque o assunto, até aquele instante, somente havia sido comentado de forma clara pelo então impugnante, e não por qualquer membro do CONSEF, seja julgador, seja diligente.

Ao decidir, acolhendo o Demonstrativo de fl. 419, elaborado pela ASTEC/CONSEF, a JJF destacou a norma do § 1º, do art. 18 do RPAF-BA/1999, o qual estatui que eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o infrator e o montante do débito.

Nesse aspecto, os julgadores trabalharam com acerto, mas não determinaram à Secretaria do

CONSEF a correção das datas. À fl. 510, o sujeito passivo foi intimado para, no prazo legal, comparecer à repartição fiscal, efetuar o pagamento ou recorrer do Acórdão JJF nº 0236-03/15. Em quaisquer das três opções, no caso de solicitação, teria recebido um demonstrativo de débito semelhante ao de fl. 506, imprimido após o julgamento da instância "a quo", no qual o período, equivocado, é o de dezembro de 2008 a novembro de 2009.

Há uma evidente contradição entre os aspectos decisórios e fáticos da matéria em análise, pois as ocorrências continuam registradas no banco de dados da SEFAZ/BA com as datas que o órgão julgador de primeira instância reputou equivocadas.

Veja-se que, neste momento, caso a sociedade empresária, por intermédio de seus representantes, decida pagar o Auto de Infração, recolherá quantia inferior àquela que os autuantes pretendem lançar (sujeita a acréscimos legais menores).

Com o objetivo de evitar tal situação, desde já, represento ao servidor competente para que efetue as devidas correções nos sistemas de informática desta Secretaria.

O Acórdão está eivado de vícios insanáveis. Mostra-se contrário aos princípios da ampla defesa, da legalidade e do devido processo legal.

Em face do exposto, com fundamento no art. 18, II do RPAF-BA/1999, julgo NULA a Decisão recorrida, determino o retorno dos autos à JJF e voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **206891.0025/13-4**, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE ALUMÍNIO**. Os autos deverão retornar à Primeira Instância para novo julgamento, a salvo de falhas. Determine-se ao servidor competente as correções, nos sistemas de informática desta Secretaria, relativas às datas de ocorrência do Auto de Infração.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de março de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILÓ REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS