

PROCESSO - A. I. Nº 206891.0052/14-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SADIA S.A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0125-04/15
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/11/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0290-11/15

EMENTA. ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. EXIGÊNCIA DO ESTORNO. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA, COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À LEGALMENTE PREVISTA. MERCADORIAS FABRICADAS PELA EMPRESA. NULIDADE POR VÍCIO FORMAL. Na imputação encontra-se descrito que trata-se de base de cálculo em operações de transferências de mercadorias adquiridas de terceiros, e nos demonstrativos fiscais encontra-se descrito que trata-se de base de cálculo em operações de transferências de mercadorias fabricadas pela empresa. Recomendado o refazimento do lançamento de ofício, em renovação da ação fiscal nos termos do artigo 21 do RPAF/BA, utilizando-se os dados da auditoria fiscal que constam nos autos deste processo, para tanto obedecendo-se os trâmites previstos no artigo 26, inciso II, e demais dispositivos do RPAF/BA. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário nos termos da alínea “a”, inciso I do artigo do 169 do RPAF/BA, decorrente do Julgamento da lide acerca do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/12/2014 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$2.082.987,59, acrescido da multa de 60%, tendo sido imputada a seguinte irregularidade, referente aos meses de janeiro a dezembro do exercício de 2010, tal como descrita no Auto de Infração:

Infração 01 – 01.02.23 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior a estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolo.

Trata-se de ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL e decorrência de ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO, de acordo com o detalhamento consignado no próprio corpo deste Auto de Infração.”

Consta, no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, e na complementação da descrição da imputação, dentre outros pontos, que trata-se de transferências de mercadorias que não foram fabricadas pela empresa.

O Fisco acostou documentos às fls. 10 a 63, dentre os quais, em mídia CD (fl. 11) e em papel (fls. 13 e 14), demonstrativos do levantamento fiscal realizado, intitulados “ESTORNO DE CRÉDITO – CUSTO TRANSFERÊNCIA – FÁBRICAS – Produção do Estabelecimento – 2010”; “DEMONSTRATIVO DO CUSTO UNITÁRIO cfe. LC 87/96 – resumo Mensal – Fábricas – 2010” (fls. 15 e 16); documento intitulado “Abertura Custo de Produção Empresa Sadia Janeiro 2010 a Agosto 2011” (fl. 18), e cópias de Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica – DANFES, com descrição da operação “Transferência de Produção do Estabelecimento” (fls. 19 a 30); cópias de correspondência eletrônica mantida entre Fisco e contribuinte acerca da auditoria realizada, na qual citados dados relativos a custos de produção, matéria-prima, embalagem, material secundário, mão-de-obra, depreciação de instalações, manutenção de instalações, custos de

atividades auxiliares de produção, e transcritos Termos de Intimação solicitando planilhas de custo de produção e de apuração de base de cálculo em operações de transferências interestaduais, apresentação e livros e documentos fiscais, e cópias de dados de DIPJ (fls. 38 a 58).

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 65 a 96 alegando, dentre outros pontos, em apertada síntese, nulidade da autuação porque o Fisco trabalha no sentido de que teria havido a transferência de produtos não fabricados pela empresa autuada, e ao mesmo tempo os elementos anexados ao processo, a exemplo de notas fiscais e dos dados dos levantamentos fiscais, evidenciam tratar-se de transferências envolvendo produtos fabricados pela empresa.

Questiona a alíquota aplicada de 17%, quando trata-se de produtos da cesta básica, cuja alíquota é de 7%, e de operações com alíquotas de 12%, tendo sido estas duas alíquotas de 7% e de 12% as que constam no levantamento fiscal realizado.

Assevera que assim o Auto de Infração é nulo seja pela insegurança na determinação da infração, seja pela insegurança na quantificação da base de cálculo, frente à alíquota lançada de 17%.

O contribuinte também discorre acerca da formação da base de cálculo nas operações de transferência; da inaplicabilidade da Instrução Normativa nº 52/2013; do uso de energia elétrica no processo produtivo e na empresa; de normas contábeis; da não-cumulatividade do ICMS; cita decisões da esfera judicial sobre transferências de mercadorias; e questiona a multa aplicada.

Uma dos autuantes prestou informação fiscal às fls. 277 e 278 aduzindo que assiste razão ao autuado, pelo que pede seja declarada a nulidade do Auto de Infração para então ser renovada a ação fiscal, a salvo de incorreções. Expõe que tal como dito pela empresa, os demonstrativos acostados ao processo referem-se a auditoria para encontrar base de cálculo atinente a custo de mercadoria produzida pela empresa, nos termos do artigo 13, §4º, II, da LC 87/96, e no entanto por equívoco eles, autuantes, fizeram a exposição e detalhamento da imputação, no Auto de Infração, como se os produtos fossem adquiridos de terceiros e a situação fosse de determinação do valor correspondente à entrada mais recente, conforme inciso I do mesmo parágrafo citado.

Que em razão disto, com base no artigo 173, II, do CTN, e no artigo 21 do RPAF/BA, requeriam que fosse decretada a nulidade da autuação por vício formal, por fazer-se necessário apenas a simples alteração da imputação mudando-se o enquadramento de “*valor correspondente à entrada mais recente*” (inciso I do §4º do artigo 13 da LC 87/96) para “*custo da mercadoria produzida*” (inciso II do §4º do artigo 13 da LC 87/96), aproveitando os demonstrativos já existentes e acostados ao Auto de Infração.

O julgamento unânime em Primeira Instância decidiu pela nulidade do Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0125-04/15, às fls. 284 a 288. Em seu voto assim se expressa o Relator:

VOTO

O presente lançamento, ora analisado, reporta-se a glosa de créditos nas operações de transferências interestaduais com base de cálculo superior à prevista na legislação.

Inicialmente, em função das colocações feitas pela defendente, a título de preliminar, gostaria de tecer algumas considerações que entendo pertinentes.

De acordo com a longa exposição inicial dos autuantes, o móvel da autuação seria "Estorno de crédito fiscal em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do ICMS, pois inferior ao previsto no inciso I do, § 4º, do art. 13 da LC nº 87/96 (valor correspondente à entrada mais recente das mercadorias) nas operações de transferência interestadual de produtos adquiridos de terceiros (não fabricados pela empresa), com destino a filial ou Centro de Distribuição (CD) localizado neste Estado. Estorno do ICMS creditado a maior nos livros de entradas, pois houve a subsequente apuração e o pagamento a menor do imposto que seria devido, previsto em Lei". (grifo do relator).

Todavia, de acordo com os argumentos trazidos pela autuada, em sede de defesa, bem como os documentos a ela acostados, as operações abarcadas pela autuação não seriam caracterizadas pela aquisição a terceiros, e sim, de produção própria, o que, a rigor, criaria insegurança quanto ao móvel da autuação, até pelo fato de que os critérios para composição da base de cálculo são específicos e diversos para cada caso.

Como bem exposto na defesa apresentada, e inclusive, reconhecido na informação fiscal prestada, houve

equivoco na autuação, relativamente ao tipo de operações realizadas pelo sujeito passivo (transferências advindas de estabelecimentos industriais), e as consideradas pela autuação (transferências advindas de estabelecimentos comerciais), o que traz como resultado, a aplicação de métodos e critérios diversos na apuração da base de cálculo do imposto, de acordo com o artigo 13 da Lei Complementar nº 87/96. Ao assim agirem, os autuantes criaram situação de completa insegurança da autuação, prejudicando o contribuinte, o que não se concebe acontecer.

Por outro lado, dentre as Súmulas editadas por este Órgão de Julgamento, a de número 01, em certo trecho, assim prescreve:

"Para se determinar a base de cálculo a salvo de imperfeições, é indispensável que se demonstre nitidamente a mesma, o que há de ser feito de forma compreensiva, apontando o critério ou método adotado pelo fisco, a fonte e demais dados necessários ao entendimento, por parte do sujeito passivo, com fundamento na legislação. Isso porque a base de cálculo do imposto é a dimensão material do tributo, sendo essa demonstração que oferece os critérios para mensurar o fato tributário impositivo. A clareza da forma como foi apurado o débito é decorrência dos princípios da legalidade e da verdade material. Os atos dos autuantes devem-se pautar no contido no Código Tributário Nacional, mais precisamente em seu artigo 142, parágrafo único, bem como no RPAF/99, em seu art. 39, e a descrição da ocorrência dos fatos deve ser feita da forma mais clara e segura possível, incluindo-se aí a demonstração dos cálculos e a informação dos métodos utilizados para determinar a base de cálculo do imposto.

Conclui-se, portanto, após análise de tudo quanto foi aqui colocado, que a inexistência ou a existência defeituosa da demonstração de como se chegou à base de cálculo do imposto lançado, que permaneça após saneamento efetuado, bem como a falta da perfeita identificação do método aplicado para a apuração do tributo, são fatores que, de acordo com o art. 18, IV, "a", do RPAF/99, levam à nulidade dos procedimentos fiscais".

Com base em tal entendimento já sedimentado neste Conselho de Fazenda, a sua jurisprudência tem sido farta no sentido de entender como nulos os lançamentos que não tenham em seu bojo a necessária segurança, especialmente quanto à base de cálculo.

Diante de tais motivos, julgo o feito NULO, e represento à autoridade fiscal competente, que avalie a possibilidade de refazimento do lançamento, a salvo de falhas, conforme o disposto no artigo 21 do RPAF/99.

A Junta recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/BA.

Não houve emissão de Parecer técnico-jurídico da PGE/PROFIS em razão do disposto no item 2 da alínea "b" do inciso III do artigo 136 do mesmo Regulamento, mas em assentada de julgamento a Representante da PGE/PROFIS presente, Procuradora Maria José Lins de Albuquerque Sento-Sé, consultada em mesa pronunciou-se aduzindo entender que no lançamento de ofício em análise não ocorreu erro por vício material, e sim por vício formal, inclusive não se tratando de insegurança na determinação da base de cálculo do imposto lançado.

VOTO

Trata-se de reexame necessário nos termos da alínea "a", inciso I do artigo do 169 do RPAF/BA, decorrente do Julgamento da lide acerca do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/12/2014 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$2.082.987,59, acrescido da multa de 60%, tendo sido imputada a seguinte irregularidade:

Infração 01 – 01.02.23 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior a estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolo.

Trata-se de ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL e decorrência de ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO, de acordo com o detalhamento consignado no próprio corpo deste Auto de Infração."

O Fisco escreveu, no campo "Descrição dos Fatos" do Auto de Infração, e na complementação da descrição da imputação, dentre outros pontos, que trata-se de transferências de mercadorias que não foram fabricadas pela empresa.

Conforme já exposto no relatório que antecede este meu voto, o Fisco acostou documentos às fls. 10 a 63, dentre os quais, em mídia CD (fl. 11) e em papel (fls. 13 e 14), demonstrativos do levantamento fiscal realizado, intitulados "ESTORNO DE CRÉDITO – CUSTO TRANSFERÊNCIA – FÁBRICAS – Produção do Estabelecimento – 2010"; "DEMONSTRATIVO DO CUSTO UNITÁRIO cfe. LC

87/96 – *resumo Mensal – Fábricas – 2010*” (fls. 15 e 16); documento intitulado “*Abertura Custo de Produção Empresa Sadia Janeiro 2010 a Agosto 2011*” (fl. 18), e cópias de Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica – DANFES, com descrição da operação “*Transferência de Produção do Estabelecimento*” (fls. 19 a 30); cópias de correspondência eletrônica mantida entre Fisco e contribuinte acerca da auditoria realizada, na qual citados dados relativos a custos de produção, matéria-prima, embalagem, material secundário, mão-de-obra, depreciação de instalações, manutenção de instalações, custos de atividades auxiliares de produção, e transcritos Termos de Intimação solicitando planilhas de custo de produção e de apuração de base de cálculo em operações de transferências interestaduais, apresentação e livros e documentos fiscais, e cópias de dados de DIPJ (fls. 38 a 58).

O contribuinte ingressou com impugnação ao lançamento de ofício às fls. 65 a 96 e, dentre estas, às fls. 68 a 74 insurgiu-se alegando preliminares de nulidade da autuação.

Analisando-as, por oportuno, observo que o contribuinte levantou uma preliminar de nulidade em razão de contradição entre a alíquota de 17% lançada no Auto de Infração e as alíquotas de 7% e de 12%, que assevera serem as corretas e que foram consideradas no demonstrativo de estorno de crédito que foi anexado ao Auto de Infração.

Quanto a esta divergência entre a alíquota de 17% que está aposta nos períodos mensais do demonstrativo de débito do Auto de Infração, no qual está totalizado o valor histórico de ICMS de R\$2.082.987,59, constato que assiste razão ao contribuinte quanto a que tal alíquota não é a que consta nas operações que estão listadas no demonstrativo intitulado “*ESTORNO DE CRÉDITO – CUSTO TRANSFERÊNCIA – FÁBRICAS – Produção do Estabelecimento – 2010*”, cujas fls. 01 e 788 encontram-se impressas e acostadas pelo Fisco, respectivamente às fls. 13 e 14 dos autos deste processo.

Porém é preciso esclarecer que o contribuinte recebeu, conforme declarou à fl. 10 dos autos, este mesmo demonstrativo intitulado “*ESTORNO DE CRÉDITO – CUSTO TRANSFERÊNCIA – FÁBRICAS – Produção do Estabelecimento – 2010*”, em mídia CD cuja cópia está acostada à fl. 11 dos autos.

E nessa mídia CD entregue ao contribuinte está gravado, sob o título de arquivo “*REL Custo Transferência – Fábrica.pdf*”, o mesmo demonstrativo “*ESTORNO DE CRÉDITO – CUSTO TRANSFERÊNCIA – FÁBRICAS – Produção do Estabelecimento – 2010*”. Neste demonstrativo gravado, ao final de cada mês de apuração, na coluna intitulada “*Cálculo do Estorno – Estorno ICMS*” estão apostos os mesmos valores históricos mensais de ICMS que estão lançados no demonstrativo de débito do Auto de Infração, em papel.

Assim, por exemplo, à página 66 deste citado arquivo gravado em mídia CD consta, para o mês de janeiro/2010, o ICMS a estornar no valor histórico de R\$177.941,07, e à página 133 consta, para o mês de fevereiro/2010, o ICMS a estornar no valor histórico de R\$159.295,37, assim ocorrendo a cada finalização de detalhamento dos cálculos atinentes a cada mês objeto do lançamento de ofício. Estes valores de ICMS apurados para os meses de janeiro e de fevereiro/2010, bem como os valores apurados no levantamento fiscal para cada mês objeto da autuação, estão discriminados no demonstrativo de débito do Auto de Infração.

Quanto a ser cabível, a cada operação alvo do levantamento fiscal realizado, a aplicação da alíquota de 7%, 12%, ou 17%, trata-se de análise de mérito, à qual não adentrarei neste meu voto.

Porém uma vez que os valores lançados a título de ICMS no Auto de Infração correspondem aos valores apurados na auditoria realizada, este desencontro entre as alíquotas não implica nulidade da autuação, vez que inexistente prejuízo para o autuado, e/ou para o Estado. Os valores históricos de imposto lançados são os mesmos valores históricos de imposto apurados no demonstrativo fiscal entregue ao contribuinte. Esta alegação do contribuinte não é alvo do Recurso de Ofício, tendo a JF acolhido o pedido de declaração de nulidade apontando a outra irregularidade preliminarmente indicada pelo sujeito passivo.

Assim o contribuinte levanta outra preliminar, acolhida no Julgamento de Primeira Instância, relativa tal arguição à contradição entre parte do texto da imputação, e o teor dos documentos

fiscais e dos demonstrativos do levantamento fiscal realizado, posto que na imputação o Fisco afirma que trata-se de operações de transferências de produtos não fabricados pela empresa, e a verificação fiscal foi empreendida sobre as operações de transferências de produtos fabricados pela empresa.

Assinalo que apesar de levantar preliminares de nulidade, às fls. 74 a 94 o contribuinte também defende-se quanto ao mérito da acusação, inicialmente aduzindo expressamente, à fl. 74, que:

“Em que pese a deficiência da autuação fiscal que impede à BRF conhecer a real infração que lhe é cominada, ainda assim passa a proceder à defesa de mérito considerando que no caso a d. Fiscalização se insurge contra a base de cálculo adotada em operações de transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do próprio contribuinte.”

Posteriormente, à fl. 76 o autuado expõe que:

“Não obstante o exposto, o fato é que no caso houve a transferência, entre estabelecimentos da BRF, de fabricação própria, e não de mercadorias previamente adquiridas de terceiros, conforme já abordado no tópico precedente e comprovado pelas notas fiscais que acobertaram essa operação, ora acostadas por amostragem (Doc. 03), assim pelos extratos do SINTEGRA dos remetentes (Doc. 04)

(...)

Em sendo assim, não faz parte de suas atividades a aquisição de produtos de terceiros para futura comercialização. (...)

Fixada essa premissa percebe-se que a conduta realizada pela BRF, que fixou a base de cálculo do ICMS nessas operações com base no custo das mercadorias, coaduna-se com a própria interpretação dada ao tema pela legislação baiana, mais precisamente no item 1 da Instrução Normativa SAT nº 052/2013, assim como pela jurisprudência formada no âmbito do contencioso administrativo do Estado da Bahia, a seguir transcrita:
(...)”

Portanto, a rigor o contribuinte defendeu-se, no mérito, contra o levantamento fiscal realizado sobre as operações de transferências interestaduais de mercadorias de sua produção, inclusive citando que não compra mercadorias de terceiros para transferir.

A defesa do contribuinte foi realizada com base nos demonstrativos fiscais que recebeu, a despeito do evidente equívoco, cometido pelo Fisco - que o reconhece de forma expressa - referente à contradição do quanto apurado de base de cálculo de transferência tomando por base o custo de produção, e o quanto detalhado no campo “Descrição dos fatos” do Auto de Infração, e exposto no campo de complementação da descrição da imputação em si, quanto à espécie de operações de transferências interestaduais que são a base da exação.

Friso que, tal como compreendido pelo contribuinte, trata-se de lançamento de ofício, e de decorrente lide, acerca da forma da determinação da base de cálculo em operações interestaduais de transferências.

O Fisco, conforme a totalidade dos documentos anexados ao Auto de infração, e exatamente consoante asseverado pelo contribuinte, realizou a auditoria sobre base de cálculo de transferência sobre custo de produção, e não sobre valor de aquisição. Portanto a imputação, embora seja relativa a erro na determinação da base de cálculo do ICMS em operações interestaduais de transferência, não se refere a aquisições.

A rigor, apesar do quanto dito no voto que lastreia a Decisão de base, *data maxima venia* não houve insegurança na determinação da base de cálculo.

Em verdade este Contencioso nem apreciou, ainda, se houve algum erro do Fisco, ou do contribuinte, nos cálculos efetuados para a determinação da base de cálculo, porquanto a autuação ainda não foi analisada quanto a seu mérito, mérito este discutido pelo contribuinte, repiso.

O que houve foi erro na descrição da complementação da imputação.

Trata-se de auditoria sobre base de cálculo em operações de transferências interestaduais praticadas pelo sujeito passivo, e este ponto é incontroverso, inexistente lide a respeito, conforme vê-se inclusive do teor da impugnação ao lançamento de ofício.

Mas, conforme igualmente vê-se dos autos, há um vício insanável na presente autuação, quando ao utilizar todos os dados relativos à apuração de base de cálculo de operações de transferência de mercadorias produzidas pela empresa, o Fisco, quando complementa a descrição da imputação, afirma tratar-se de mercadorias adquiridas de terceiros.

E enquanto para a apuração da base de cálculo em operações de transferências interestaduais relativas a mercadorias adquiridas de terceiros usa-se o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria, todavia para a apuração de base de cálculo nas operações de transferências de mercadorias produzidas pela própria empresa são utilizados os quatro elementos previstos no inciso II do §4 do artigo 13 da Lei Complementar nº 87/96:

LC 87/96:

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:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

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

(...)

Por conseguinte, em verdade é nula a imputação e, em sendo esta a única acusação presente no Auto de Infração, este resta nulo.

Porém no espectro jurídico há a nulidade por erro de direito, e a nulidade por vício de forma.

Não houve erro de direito, posto que não se cobra outro imposto que não o ICMS, e tanto nos demonstrativos fiscais, quanto na imputação descrita no Auto de Infração, trata-se de acusação de falta de recolhimento do ICMS em operações de transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa.

Porém houve vício de forma, porque ao complementar a descrição da imputação o Fisco não indica que trata-se de apuração do custo da mercadoria produzida, e sim indica que tratar-se-ia de valor de mercadoria adquirida, e para cada um dos dois mencionados tipos de operação de transferência a forma da apuração do imposto obedece a determinação legal que deságua em um tipo de cálculo diferente.

A forma equivocada foi a complementação da descrição da imputação, que colide com a forma de cálculo expressada nos demonstrativos fiscais, para efeito da apuração do imposto lançado.

A ação fiscal sobre as operações de transferência de produtos fabricados pela empresa foi empreendida com a participação da empresa inclusive fornecendo planilhas de custos, documentos e livros fiscais; o roteiro de auditoria foi realizado, os demonstrativos fiscais foram elaborados e entregues ao contribuinte.

O valor de ICMS que o Fisco entende devido nas operações de transferências interestaduais de produtos fabricados pela própria empresa, considerando os quatro elementos previstos no inciso II do §4º do artigo 13 da LC 87/96, foi aquele lançado no Auto de Infração.

Ressalto que vício formal não admite investigações adicionais acerca do quanto imputado.

Assim, não se pode mais investigar dados que não constem dos autos, exceto em se tratando de fato superveniente, ou de documento do qual não se tinha o conhecimento do teor, quando da realização da ação fiscal cujo lançamento é nulo por vício de forma.

Em se tratando de vício de forma, a matéria tributável já está apurada pelo Fisco.

E esta é, exatamente, a situação que ocorre nesta lide.

Toda a investigação fiscal já está feita e documentada nos autos deste processo.

O próprio contribuinte cita os demonstrativos fiscais, e discute parte de seus dados.

O Fisco, por seu turno, também cita que a investigação foi realizada e concluída, e pede que a ação fiscal seja renovada utilizando os demonstrativos fiscais já acostados aos autos.

Entendo tratar-se de situação em que o Fisco não pode mais intimar o contribuinte para apresentar informações e/ou documentos para o fim de apurar a matéria tributável. E exatamente porque estas providências não são mais necessárias, isto significa que a obrigação tributária está definida e o vício apurado é apenas de forma, e não da essência do ato concretizado.

Nestes termos, cabe a adoção da regra de decadência prevista no artigo 173, II, do CTN, que assim determina:

CTN:

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

(...)

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

(...)

Na situação em foco, diante do erro formal caracterizado, é preciso que seja realizado um novo lançamento de ofício, para que seja preservado o direito do Estado ao crédito tributário que o Fisco apurou e entende existente, e sobre cuja apuração, se impugnado o lançamento pelo sujeito passivo, será realizada a devida análise por este Contencioso.

Ponto que este novo lançamento de ofício deverá basear-se nos mesmos elementos de prova já carreados pelo Fisco para a consecução da autuação ora em análise.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para declarar mantido o resultado da Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração, mas por outro fundamento, consoante expressado ao longo deste meu voto, por tratar-se de vício formal, a teor do artigo 173, II, do CTN.

Recomendo o refazimento do lançamento de ofício, a salvo do vício formal apontado, em renovação da ação fiscal nos termos do artigo 21 do RPAF/BA, utilizando-se os dados da auditoria fiscal que constam nos autos deste processo, para tanto obedecendo-se os trâmites previstos no artigo 26, inciso II, e demais dispositivos do RPAF/BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 206891.0052/14-0, lavrado contra SADIA S.A. Recomenda-se o refazimento do lançamento de ofício, a salvo do vício formal apontado, em renovação da ação fiscal nos termos do artigo 21 do RPAF/BA, utilizando-se os dados da auditoria fiscal que constam nos autos deste processo, para tanto obedecendo-se os trâmites previstos no artigo 26, inciso II, e demais dispositivos do RPAF/BA.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de outubro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS