

PROCESSO - A. I. N° 279459.0029/21-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BRF S/A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 6ª JJF nº 0237-06/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/05/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0150-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIO FECHADO. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. Revisão fiscal em sede de Diligência determinada pela 2ª CJF apontou a existência de valores devidos após corrigidos os valores indicados no levantamento quantitativo considerando as quantidades efetivamente comercializadas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 6ª JJF, através do Acórdão nº 0237-06/22-VD, por ter desonerado o sujeito passivo do débito imputado em valor histórico de R\$ 251.057,76, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, relativo ao estabelecimento de Inscrição Estadual nº 079.653.554, decorrente da constatação da seguinte infração fiscal:

***Infração 01 – 004.005.001** – Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadoria tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.*

Todo o trabalho de fiscalização é baseado na EFD (Escrituração Fiscal Digital), do contribuinte de onde extraímos todas as operações fiscais de entrada e saída de mercadorias.

Contribuinte comercializa mercadorias 100% passíveis de perecimento, estando dessa forma sujeito a perdas em suas operações comerciais.

Então, as diferenças físicas encontradas no levantamento de estoque são conseqüências, sim, dessas perdas, furtos, roubos e quebras de mercadorias não devidamente ajustadas nos inventários ou ajustadas em quantidades inferiores.

Contribuinte transmite através do SPED e EFD (Escrituração Fiscal Digital) incluindo aí a tabela dos fatores de conversão, que são registros o200 e o220 conforme podemos observar pelas folhas 20 a 22.”

Dos autos consta regular desenvolvimento da instrução, com apresentação de **defesa** pelo contribuinte autuado (fls. 28 a 40) e documentos (fls. 41 a 561), destacando, em síntese, a regularidade da sua conduta fiscal conforme norma de regência e a inconsistência da autuação em face dos seguintes argumentos centrais: **a)** divergências decorrentes do perecimento natural das mercadorias, do qual resultaram estornos de crédito na EFD, e não saídas sem documentos fiscais, **b)** utilização equivocada pelo autuante de fatores de conversão de medidas e **c)** desconsideração, pela fiscalização, dos estornos dos créditos de aquisição, nos termos do art. 312, IV do RICMS/12, ainda que tenha deixado de emitir notas para ajuste das perdas em seus inventários.

Após **Informação Fiscal** de fls. 568/569, contendo planilhas (fls. 570 a 578) e mídia digital (fl. 579), e respectiva manifestação do Contribuinte (fls. 584 a 587), fora juntada aos autos nova informação fiscal devolutiva (fls. 747-A/748), após o que seguiram os autos para julgamento.

A JJF, por decisão (fls. 754 a 760) julgou o Auto de Infração Improcedente, por unanimidade, tendo sido consignado que a desoneração decorreu do seguinte entendimento:

VOTO

Como um dos anexos da impugnação, o sujeito passivo apresentou, à fl. 562, cópia de diligência solicitada pela 3ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal), relativa ao PAF (Processo Administrativo Fiscal) no 279459.0002/21-3

(autuação idêntica à dos presentes autos), no qual se discutiu a mesma matéria e restou determinado por aquele órgão julgador que se refizesse a auditoria de estoques, daquela feita adotando o campo da NFe denominado *QUANTIDADE TRIBUTÁVEL* para fins de coletar a quantidade na unidade de massa em quilograma (kg), tanto em relação às entradas, quanto em referência às saídas de mercadorias.

O autuante adotou a cópia de solicitação de diligência do mencionado PAF como se fosse deste e cumpriu em parte o quanto requerido, tendo tomado as quantidades tributáveis (do campo da NFe denominado *QUANTIDADE TRIBUTÁVEL*) apenas para as saídas, sob a alegação de que para as entradas não existem tais informações na EFD.

O contribuinte também se manifestou como se a diligência tivesse sido solicitada por esta JJF.

Muito bem, respaldado no informalismo que rege o Processo Administrativo Fiscal e no princípio da razoável duração do processo, visando evitar medidas repetitivas e levando em consideração que as solicitações da 3ª JJF foram idênticas às que teriam sido solicitadas por este relator caso houvesse proposto a conversão em diligência no bojo dos presentes autos, adoto o documento de fl. 562 como se fosse da lavra deste órgão colegiado (6ª JJF), nos termos compreendidos pelo autuante, ao prestar a primeira informação fiscal, e pelo autuado, ao se manifestar.

Por conseguinte, indefiro o pedido de conversão em nova diligência, respaldado do art. 147, I, “a” do RPAF/99.

Com referência ao mérito, imputa-se ao defendente a falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saída de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de notas e sem escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias no exercício de 2019.

O próprio auditor consignou no corpo da peça inicial que o sujeito passivo “comercializa mercadorias 100% (cem por cento)” passíveis de perecimento, estando, dessa forma, sujeito a perdas em suas operações comerciais. Também restou consignado no lançamento de ofício, pela própria autoridade fiscalizadora, que:

“...as diferenças físicas encontradas no levantamento de estoques são consequência, sim, dessas perdas, furtos, roubos e quebras de mercadorias não devidamente ajustadas nos inventários ou ajustadas em quantidades inferiores”.

O autuado fundamenta as suas argumentações defensivas nas premissas de que parte das divergências decorre do perecimento natural das mercadorias, do qual resultaram efetivos estornos de crédito, lançados na EFD, e não saídas sem documentos fiscais, e outra parte advém da utilização equivocada de fatores de conversão de medidas.

Passemos à análise da questão atinente à conversão de medidas para depois tratarmos das perdas e perecimentos.

Relativamente a esta parcela das omissões apuradas, com efeito, restou demonstrado o fato de serem resultantes da utilização equivocada de fatores da conversão da unidade “número de caixas” para a unidade “peso (kg)”

Por exemplo, o item MORTADELA SADIA ingressa no estabelecimento fiscalizado e sai em caixas de aproximadamente 13 kg, podendo ocorrer pequenas variações entre elas, tanto para cima, quanto para baixo. Apesar de o auditado usar a quantidade de caixas na comercialização, para fins tributários utiliza quilogramas.

Em que pese o fato de tais fatores de conversão aproximados terem sido indicados pelo próprio contribuinte ao Fisco, com efeito, esses critérios não deveriam ter sido utilizados no cômputo do levantamento quantitativo de estoques, pois não se revestem da certeza necessária a uma correta apuração de base de cálculo. Para tanto, deveria ter sido observado, nas entradas e nas saídas, o campo da NFe denominado *QUANTIDADE TRIBUTÁVEL*, coletando-se assim a quantidade na unidade de massa em quilograma (kg), conforme solicitado pela JJF em sede de diligência e parcialmente refutado pelo auditor.

O autuante acatou a solicitação da JJF no tocante às saídas e, em relação às entradas, além de afirmar que não havia condição de elaborar o trabalho, em decorrência da ausência de informações na EFD, apesar da juntada dos documentos de fls. 602 a 742, sustentou que qualquer revisão significaria reforma para pior, pois aumentaria as entradas e, por conseguinte, as omissões de saída.

O auditor asseverou que o total atendimento do pleito do contribuinte irá aumentar as entradas e, por consequência, a omissão de saídas. No entanto, solicitou à sociedade empresária que fornecesse planilha em Excel contendo os ingressos em peso tributável (kg). Disse estar “no aguardo” de tais informações, desde que tenham como origem a EFD do autuado, jamais os fornecedores. Por isso, manteve o total das entradas no levantamento quantitativo, de 54.106.742 kg.

“Em virtude do refazimento das saídas”, houve uma redução no valor do débito, de R\$ 251.057,76 para R\$ 51.597,72.

Não concordo com esse posicionamento, de que o total atendimento do pleito do contribuinte irá aumentar as entradas e, por consequência, a omissão de saídas, pois as variações de peso das caixas podem se dar para maior ou para menor, consoante o que restou esmiuçadamente comprovado pelo contribuinte na impugnação.

Devido a esta indeterminação no montante do débito tributário, o lançamento reveste-se da nulidade prevista no art. 18, § 1º do RPAF/99, o que não se declarará, em observância ao permissivo do parágrafo único do art. 155

do mesmo Regulamento.

Os fatores de conversão são incertos e não poderiam ser usados no levantamento, pois são utilizados pelo autuado apenas para a obtenção de quantidades aproximadas. Para fins de auditoria e tributação, deveriam ter sido considerados, nas entradas e nas saídas, os totais consignados em kg (quilogramas) nos documentos fiscais. O impugnante adota essa metodologia com vistas a evitar divergências na apuração fiscal das suas operações, em razão da comercialização de produtos que não possuem um peso fixo, mas sim um peso aproximado por caixa vendida.

Na defesa, foi citado o item MORTADELA SADIA, que entra e sai do estabelecimento em caixas de aproximadamente 13 kg. A Nota Fiscal de entrada no 707, que contém 04 caixas, de acordo com a tabela de conversão do autuante, deveria designar 52kg ($52 = 13 \times 4$), quando na verdade designa 51,2 kg (documento 07 da defesa; vide fls. 37 e 540).

As informações presentes nos documentos fiscais deveriam ter sido computadas nos demonstrativos do levantamento de estoques, e não os valores aproximados de conversão de unidades.

Exemplificativamente apresentados, no que diz respeito às entradas, à fl. 38, espelhos dos levantamentos do auditor para comprovar que foram indevidamente utilizados os fatores de conversão 13 para a mercadoria MORTADELA SADIA e 06 para a mercadoria SALAME ITALIANO SADIA.

Como dito, após a revisão parcial levada a efeito pela autoridade fiscalizadora, que não corrigiu os fatores de conversão nas entradas, “em virtude do refazimento das saídas” houve uma redução no valor do débito, de R\$ 251.057,76 para R\$ 51.597,72.

O que remanesce, nas palavras do próprio auditor no corpo da peça inicial, decorre do perecimento e das perdas de mercadorias, o que é corriqueiro no ramo da atividade econômica desenvolvida pelo impugnante.

De acordo com o fiscal, a regra do artigo 312 do RICMS/12 deve ser observada espontaneamente pelo contribuinte. Na ausência de espontaneidade, segundo alega, cumpre seja exigido o gravame.

Vejamos o que dispõe o referido dispositivo regulamentar.

“Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

(...)

IV - vier a ser objeto de furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência similar”.

Foi exaustivamente demonstrado, em sede defensiva, que o fiscalizado efetuou os estornos de crédito. Não é porque faltou a emissão dos respectivos documentos fiscais de saída (atinentes aos perecimentos e perdas), que se deve exigir o ICMS, tendo em vista a anulação dos créditos respectivos.

Não é a forma com que o contribuinte, escritura ou deixa de escriturar, emite ou deixa de emitir documentos fiscais, que erige os fatos da vida à qualidade de geradores do imposto, previstos nas suas respectivas hipóteses legais de incidência.

É evidente que houve descumprimento de obrigação tributária, mas meramente instrumental, e não principal.

No que se refere ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido pelo sujeito passivo, sendo inclusive recomendável que assim se faça, tendo em vista as prescrições do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal.

§ 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade.

Entretanto, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF/99.

Infração descaracterizada.

Em face do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

A JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Os autos foram distribuídos à minha relatoria em 10/03/2023 e, por considerá-los aptos a julgamento, solicitei ao Sr. Secretário a inclusão em pauta de julgamento.

Feito pautado para a sessão de 08/05/2023.

No curso da sessão de julgamento, considerando o conjunto probatório produzido nos autos, notadamente: **a)** a indicação do sujeito passivo na defesa quanto às incorreções na conversão de quantidades, na informação fiscal (fls. 568/569); **b)** o acatamento do autuante quanto aos argumentos e a consequente correção da conversão das SAÍDAS, que resultou em omissão de 44.771 Kg indicado, reduzindo o valor exigido para R\$ 51.597,72; e **c)** a reiteração da insurgência do sujeito passivo em sede de manifestação em face da informação fiscal (fls. 584/587), na qual

alegou que os autuantes deveriam fazer a conversão relativa também às ENTRADAS, ocasião em que juntou uma planilha relacionando as notas fiscais de entrada e peso das mercadorias, a exemplo dos produtos com código: 31178 – Salame, indicou entrada de 37.061,57 kg (fl. 603) contra 36.971 indicado no demonstrativo feito pelo autuante (fl. 570); 336288 – Linguiça, indicou entrada de 5.644.197,68 kg (fl. 609) contra 5.644.009 indicado no demonstrativo feito pelo autuante (fl. 570), **manifestou-se** a CJF pela conversão do julgamento em diligência ao órgão de origem nos seguintes termos:

1. Verificar se os PESOS dos produtos indicados na planilha apresentado na manifestação fiscal (fls. 603 a 742), relativo a notas fiscais de entradas, estão em conformidade com a escrituração na EFD. Caso positivo, refazer o demonstrativo de fls. 670/671 computando as quantidades corretas;
2. Se necessário, intimar o sujeito passivo para apresentar a planilha de fls. 603 a 742 em mídia editável (excel);
3. Informar se as notas fiscais relacionadas pelo estabelecimento autuado no demonstrativo de fls. 154 a 209, relativo à baixa de “PRODUTOS DETERIORADOS” foram computadas as QUANTIDADES nelas consignadas no levantamento quantitativo de estoques;
4. Caso não esteja computadas, fazer a inserção das saídas das notas fiscais emitidas com CFOP 5927.

Em resposta, os autuantes apresentaram **informação fiscal** de fls. 778/779, na qual concluíram pela improcedência da manutenção do total da quantidade de entradas de 1.121.74 kg para a mercadoria código = 220353 – presunto tradicional, em face da aplicação de diversos fatores de conversão por kg, caixa, etc., pelo autuado, razão pela indicaram que, em valores a pagar a omissão de saídas ficou em R\$ 45.779,72 contra a anterior no valor de R\$ 51.597,72, nos termos do demonstrativo anexo.

Na oportunidade, apresentaram resumo demonstrativo das saídas em quilos por CFOP, onde indicaram ter verificado que “o CFOP 5927 que representa as baixas de produtos deteriorados computou lançamentos de 123.611 Kg, para um total de saídas de mercadorias de 55.595.823 Kg”, razão pela qual requereram a procedência para o auto de infração.

Devidamente intimado, o Recorrente apresentou manifestação às fls. 806/813, na qual afirmou que:

“(...) concorda com a redução do principal exigido na autuação para R\$ 45.779,72. No entanto, ressalta que o resultado da diligência evidencia a necessidade de manutenção da r. decisão de primeiro grau e do cancelamento integral do Auto de Infração, pois comprova que (i) parcela da divergência identificada na autuação fiscal original decorre dos indevidos fatores de conversão inicialmente utilizados pela Fiscalização, conforme confirmado pela diligência fiscal, e, como consequência, evidencia que a (ii) parcela remanescente decorre do perecimento das mercadorias e não da venda de bens desacompanhada de documentação fiscal.”

Por fim, reiterou as teses defensivas quanto à improcedência do auto de infração, por considerar ter inexistido omissões de saídas, pelo que requereu fosse Negado Provitimento ao Reexame de Ofício, para manter o cancelamento da totalidade do Auto de Infração e, subsidiariamente, pelo acolhimento da conclusão da diligência, de modo que seja determinada a redução do principal autuado para R\$ 45.779,72.

Os autos retornaram aos auditores do feito, que opinaram pela suficiência dos esclarecimentos constantes na informação Fiscal.

Os autos retornaram conclusos, e, estando conforme, solicitei a inclusão em pauta.

Registrada a presença das advogadas Sras. Luiza de Castro Mojica e Amanda Elisa Barbosa do Nascimento Rossi Grego, na sessão de videoconferência, que fez uso da palavra regimental em defesa do contribuinte.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Como visto a decisão recorrida votou-se à Improcedência do Auto de Infração em epígrafe, desonerando-o da obrigação tributária outrora lançada em valor histórico de R\$ 251.057,76,

acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, valor representativo da alçada exigida para o recurso de ofício e que lhe confere cabimento, na forma do art. 169, I, “a” do RPAF/99.

O contribuinte foi acusado **de não recolher o imposto relativo às operações de saída de mercadorias tributáveis**, que supostamente teriam sido efetuadas sem a emissão de notas e sem escrituração, mediante apuração por levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias no exercício fechado de 2019, em face do que se contrapôs, residindo o cerne da pretensão acusatória, após o aprofundamento do contraditório, sobre os seguintes itens: **a)** se a causa das diferenças físicas no levantamento dos estoques foram provenientes de saídas sem documentário fiscal ou do perecimento natural das mercadorias, do qual resultaram os devidos estornos; **b)** se foram provenientes, ainda, da utilização equivocada de fatores de conversão de medidas.

Sobre tais fatos, merece registro que a decisão de piso, acertadamente, adotou como paradigma racional para decidir o ato praticado pelo próprio auditor fiscal autuante no curso da sua apuração, consistente na utilização da prova (diligência) produzida no PAF nº 279459.0002/21-3, cuja autuação é idêntica à dos presentes auto e tramita perante a 3ª JJF, consistente na determinação de refazimento da auditoria de estoques, adotando o campo da NFe denominado “QUANTIDADE TRIBUTÁVEL” para fins de coletar a quantidade na unidade de massa em quilograma (kg), tanto em relação às entradas, quanto em referência às saídas de mercadorias.

Ocorre que, nos presentes autos, houve por bem o autuante em assim não proceder em relação às entradas, entendendo que, para estas, inexisteriam informações lançadas pelo contribuinte na sua EFD, fator que, se levado a efeito, poderia resultar em reforma prejudicial ao contribuinte pelo fato de aumentar as entradas e, conseqüentemente, omissões de saída.

Justamente em face de tais elementos é que esta CJF, em busca da verdade material, **manifestou-se** pela conversão do julgamento em diligência ao órgão de origem, com a finalidade de: **a)** verificar se os PESOS dos produtos indicados na planilha apresentado na manifestação fiscal (fls. 603 a 742), relativo a notas fiscais de entradas, estão em conformidade com a escrituração na EFD. Caso positivo, refazer o demonstrativo de fls. 670/671 computando as quantidades corretas; **b)** Informar se as notas fiscais relacionadas pelo estabelecimento autuado no demonstrativo de fls. 154 a 209, relativo à baixa de “PRODUTOS DETERIORADOS” foram computadas as QUANTIDADES nelas consignadas no levantamento quantitativo de estoques, ocasião em que, sendo negativa a resposta, dever-se-ia promover a inserção das saídas das notas fiscais emitidas com CFOP 5927.

Da **informação fiscal** de fls. 778/780, apresento os seguintes destaques, utilizando as palavras do próprio auditor:

“O total das entradas do contribuinte somou 54.070.514 contra a quantidade levantada pela fiscalização que somou 54.106.742, gerando aí uma diferença de 36.228 Kg, favorável ao contribuinte.

Dessa forma, a omissão de saídas em quantidade saiu de 44.771 kg para 37.110 kg e a omissão de entradas passou de 5.797 Kg para 34.364 Kg, portanto diminuiu a omissão saídas e aumentou a de entradas.

Destacamos que para a mercadoria código 220353 – presunto tradicional, tivemos que manter o quantitativo da fiscalização, pois o contribuinte utilizou diversos fatores de conversão que veio gerar uma quantidade total de 1.121.174 kg contra 1.292.771 kg, apontando uma diferença de 171.597 kg.

Caso fosse mantido esse quantitativo na entrada para essa mercadoria com código 220353, teríamos uma omissão de entradas de 170.795kg, com um total de omissão de entradas de 205.158 kg lembrando que tivemos para ela uma omissão de saídas de 802 kg com uma base de cálculo no valor de R\$ 12.056,52, cobrado no auto de infração. (vide demonstrativo anexo)

Vimos que a razão para essa diferença foi o fator de conversão que é de 6,80 Kg por caixa conforme informado na EFD e na planilha do contribuinte, porém na planilha identificamos a aplicação de diversos fatores de conversão de Kg por caixa, tais como: 2,09- 5,44 -2,51 -3,63 -0,50 -5,45 -5,10 -1,36- 1,70 -3,20 -1,51 -2,74 2,55- 4,63 -4,53 -4,86 -1,05” (grifei).

Diante deste quadro, há clara demonstração de que as conclusões adotadas pela JJF estão adequadas e consentâneas com o que determina a legislação correlata quanto às informações presentes nos documentos fiscais que deveriam ter sido computadas nos demonstrativos do levantamento de estoques, e não os valores aproximados de conversão de unidades, conduta esta que foi repetida em sede de diligência, agora, exemplificativamente, para a mercadoria

“PRESUNTO TRADICIONAL MAGRO OVAL PERD”, código 220353.

Tal circunstância, conforme evidenciado na decisão de piso, não é consentânea com a melhor interpretação da norma de regência, sobretudo se considerados os princípios norteadores do processo administrativo fiscal baiano. Isso porque, o fato do fisco embandeirar a realização de lançamento por presunção legal, mediante roteiro específico e regulamentado, não afasta a possibilidade de, por outro lado, promover o contribuinte a demonstração, por meio de provas, de que, materialmente, pode-se apurar eventuais diferenças e a partir de forma igualmente plausível de apuração.

Diferentemente do quanto indicado na conclusão da diligência, mas em total conformidade com a decisão de piso, entendo que a nova redução nos valores a pagar a título de omissão de saídas, mesmo com a manutenção do quantitativo da fiscalização em relação aos fatores de conversão (sem corrigi-los), é representativa do descompasso na atividade fiscal probatória em relação ao farto conjunto documental apresentado pelo contribuinte em contrapartida, não havendo razões para a modificação das conclusões no sentido de que o fiscalizado efetuou os respectivos estornos de crédito, sendo o remanescentes decorrentes da aplicação do artigo 312, IV do RICMS/12:

“Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

(...)

IV - vier a ser objeto de furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência similar”.

Ou seja, na parte remanescente do lançamento, verifica-se que o ponto relativo ao perecimento/perdas das mercadorias objeto do lançamento foi devidamente enfrentado e comprovado pelo contribuinte, termos em que reconhecido pelo próprio autuante na Informação Fiscal aviada, merecendo especial destaque, quando os estornos dos créditos, que houve espontaneidade do contribuinte nos termos do art. 312, IV do RICMS/12.

Por fim, cabe destaque de trecho da decisão:

“Não é porque faltou a emissão dos respectivos documentos fiscais de saída (atinentes aos perecimentos e perdas), que se deve exigir o ICMS, tendo em vista a anulação dos créditos respectivos.

Não é a forma com que o contribuinte, escritura ou deixa de escriturar, emite ou deixa de emitir documentos fiscais, que erige os fatos da vida à qualidade de geradores do imposto, previstos nas suas respectivas hipóteses legais de incidência.

É evidente que houve descumprimento de obrigação tributária, mas meramente instrumental, e não principal.”

Nestes termos, não subsistindo matéria afeta ao descumprimento de obrigação tributária, deve ser mantida a decisão também quanto ao ponto.

Tendo procedido o julgado de piso nestes termos, entendo pela manutenção da decisão.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

VOTO VENCEDOR

Peço vênha ao ilustre Relator para divergir do seu voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, impetrado contra Decisão que julgou improcedente o Auto de Infração, o qual foi lavrado em razão da constatação da falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadoria tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2019.

Inicialmente, ressalto que os documentos fiscais devem espelhar a verdade material das operações e que os livros fiscais devem ser escriturados com base na mesma premissa, devendo ser efetuados os ajustes necessários para as ocorrências de furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência similar, incluindo a emissão de documentos fiscais e o registro de estorno do crédito fiscal aproveitado por ocasião das entradas.

A escrituração equivocada do Autuado não pode servir de motivo para obstar a realização do levantamento quantitativo de estoques, entretanto a execução do roteiro deve sempre levar em

consideração as especificidades das operações realizadas pelos estabelecimentos fiscalizados.

Então, esta 2ª CJF entendeu que o levantamento deveria ser revisto e determinou a realização de Diligência, de forma a corrigir os pesos apontados na planilha de acordo com os indicados nos documentos fiscais, o que foi efetuado, culminando em uma nova redução para R\$ 45.779,72, sendo que o valor original de R\$ 251.057,76 já havia sido reduzido para R\$ 51.597,72.

Cientificado do resultado da Diligência, o Autuado apresentou manifestação (fls. 806 a 813), na qual concluiu que:

“... concorda com a redução do principal exigido na autuação para R\$ 45.779,72. No entanto, ressalta que o resultado da diligência evidencia a necessidade de manutenção da r. decisão de primeiro grau e do cancelamento integral do Auto de Infração, pois comprova que (i) parcela da divergência identificada na autuação fiscal original decorre dos indevidos fatores de conversão inicialmente utilizados pela Fiscalização, conforme confirmado pela diligência fiscal, e, como consequência, evidencia que a (ii) parcela remanescente decorre do perecimento das mercadorias e não da venda de bens desacompanhada de documentação fiscal.”

Havendo perecimento das mercadorias, cabia ao Autuado emitir nota fiscal para sua documentação, utilizando o CFOP 5.927, efetuando o estorno dos créditos fiscais respectivos, o que não restou comprovado nos autos.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, de forma a julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, no valor de R\$ 45.779,72, conforme apontado no resultado da Diligência efetuada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279459.0029/21-9, lavrado contra **BRF S/A.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 45.779,72**, acrescido da multa 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, João Vicente Costa Neto e Eduardo Ramos de Santana.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: João Felipe Fonseca Oliveira de Menezes, Henrique Silva de Oliveira e Gabriel Henrique Lino Mota.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – RELATOR/VOTO VENCIDO

MARCELO MATTEDI E SILVA - VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS