



DECISÃO Nº: 3012014
PROTOCOLO Nº: 254987/2013-1
PAT N.º: 1483/2013 – SUMATI
AUTUADA: NORTE PESCA S.A.
FIC: 20.005.273-0
ENDEREÇO: Rua Chile, 216, Ribeira, Natal/RN

EMENTA – ICMS – Saída de mercadoria desacompanha de documentação fiscal hábil, relativa a operações sujeitas à substituição tributária, objeto de levantamento fiscal específico quantitativo no período de 27.05.2013 a 26.08.2013. O procedimento fiscal encontra-se devidamente fundamentado em demonstrativos e provas que evidenciam com absoluta clareza que o contribuinte infringiu a legislação tributária indicada nos autos, além de não ter o mesmo oferecido prova em contrário. Processo regularmente instruído, preenchidos todos os requisitos necessários. **PROCEDÊNCIA DA AÇÃO FISCAL.**

1 - DO RELATÓRIO

1.1 - DA DENÚNCIA

Contra a autuada acima qualificada foi lavrado o auto de infração nº 1483/2013-SUMATI, no qual denuncia-se a saída de mercadoria desacompanhada de documentos fiscais hábeis, comprovada através de levantamento específico de mercadorias, que contemplou o período de 27.05.2013 a 26.08.2013.

Em razão da conduta acima descrita, deu-se por infringido o art.150, incisos III e XIII c/c o art. 416, I, do RICMS aprovado pelo Dec. 13.640 de



13/11/1997, com proposta de aplicação da pena de multa prevista no art. 340, inciso III, alínea "d", c/c o art. 133, do mesmo diploma legal.

O contribuinte foi autuado, no valor de R\$ 51.838,94, a título de ICMS e R\$ 91.480,48, referentes a multa, o que perfaz um montante de R\$ 143.319,42.

1.2 - DA IMPUGNAÇÃO

Contraopondo-se à denúncia, a autuada vem aos autos através da peça de impugnação de fls. 82/89, onde pleiteia a improcedência do auto de infração.

Em suas razões, aduz que não foi realizado qualquer levantamento físico no estoque, ao contrário do afirmado pelo relatório elaborado no ato da fiscalização.

Afirma ainda, que as mercadorias objeto da presente contenda, foram trazidas pela empresa Prime – Importação e Exportação S.A., para beneficiamento de mercado, portanto, de acordo com o art. 34, §§ 1º e 2º, estariam isentas de tributação. Outrossim, a empresa remetente da mercadoria funciona em uma sala alugada dentro da sede da empresa Norte Pesca S.A., e no momento da fiscalização, a mercadoria não teria sido totalmente remetida para o setor de beneficiamento/industrialização, ou seja, parte dela, encontrava-se na armazenagem, motivo pelo qual, não há o que se falar em incidência de tributação.

Ressaltou o fato de que, a autuante não teria procedido com a contagem física das caixas constantes na empresa, de outro pòrtico, decidiu pautar seu entendimento, relativo a eventual ilegalidade, na análise de listagem entregue para a mesma, referente ao período de 27 de maio a 26 de agosto.

Ademais, sob os protestos de que a aludida listagem estaria desatualizada, vez que a fiscalização foi realizada em outubro, ou seja, dois meses após a sua última atualização, a autuante mesmo assim, procedeu a lavratura do auto.

Na sequência, por entender que a autuação se deu com base em presunção de infração, asseverou a impugnante, a ausência de fato gerador,



notadamente, por inexistir a saída de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, o que resulta na invalidação do auto de infração.

Enfatizou o fato de ser uma empresa de beneficiamento e armazenagem, ou seja, é uma prestadora de serviço, o que afasta a responsabilidade desta, quanto ao pagamento de imposto sobre a mercadoria de terceiros.

O contribuinte rechaçou ainda, o valor da multa aplicada, utilizando como fundamento o princípio do não-confisco, por entender abusivo o percentual de 30% utilizado.

Ao final, pediu a improcedência do auto de infração, com o conseqüente arquivamento da presente ação fiscal, bem como, a suspensão da exigibilidade do tributo e da multa arbitrados no auto de infração.

1.3 – DA CONTESTAÇÃO

Manifestando-se nos autos, dizem os autuantes (fls. 104/110), ser fato incontroverso que as mercadorias pertencem a Prime – Importação e Exportação S.A., e foram recebida pela Norte Pesca S.A., para realização de beneficiamento (industrialização), conforme notas fiscais de fls. 15/25.

Rebatem o argumento trazido pela atuada, de que a operação em análise estaria sob o manto da isenção, vez que o dispositivo utilizado como fundamento, qual seja, o art. 34 do RICMS, não encontra-se mais em vigor, tendo sido alterado pelo Decreto nº 21.934 de 07 de outubro de 2010.

Continuam, informando que as operações albergadas pelo dispositivo, seriam aquelas em que figurem o pescador ou produtor. *In casu*, porém, trata-se de operação consistente na remessa de mercadorias (lagosta *in natura*) para beneficiamento (industrialização), portanto, não está enquadrada nessa situação.

Afirmam também que, embora tais operações não sejam beneficiadas pela isenção, estas gozam do benefício da suspensão do imposto, nos termos do art. 29, inciso I, do RICMS. Assim, as mercadorias em questão, ao serem recebidas pela



autuada para beneficiamento, passam a ser de sua responsabilidade, a qual, somente será afastada, após devolvidas ao encomendante, através de nota fiscal de estorno de mercadorias.

Nesse contexto, as autuantes afirmam que, em razão das mercadorias anteriormente recebidas para beneficiamento não terem retornado, nem terem sido encontradas no local da fiscalização, aplica-se a presunção de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, conforme disposto no art. 361, inciso VIII, do RICMS.

Sobre a alegação de que a diferença apurada no procedimento fiscal decorreu do fato de que, no momento da fiscalização, a mercadoria não teria sido totalmente remetida ao setor de beneficiamento, estando parte dela na armazenagem, aduziram as autuantes, que tal afirmação não possui o menor cabimento, vez que, ao procederem a fiscalização, o Diretor da empresa autuada apontou para a câmara frigorífica nº 05, como sendo o único local onde havia mercadoria da Prime Importação e Exportação S.A., ou seja, não há como o contribuinte agora, alegar que existiam outras mercadorias em armazenagem.

No tocante a eventual ausência de contagem física das mercadorias, as autuantes aduziram que a contagem se deu não apenas com base numa mera listagem, mas sim, em um documento formal, relativo à contagem de estoque realizada em 26.08.2013, onde se verificam data, mercadorias, quantidades e as assinaturas da autoridade fiscal responsável pelo procedimento e de um dos Diretores da autuada.

Quanto a alegação de que o documento utilizado estaria desatualizado, vez que a fiscalização foi realizada em outubro e o levantamento do estoque em agosto, salientaram as autuantes, que a infração apontada nos autos, diz respeito ao período de 27.05.2013 a 26.08.2013, data esta, que coincide com a data da contagem do estoque, ou seja, 26.08.2013, não havendo, portanto, razão para não se reconhecer que o documento espelhava a realidade na época.

Por conseguinte, em relação a alegação de que não houve qualquer conferência com o efetivo produto armazenado, e que nenhuma contagem teria sido realizada em simultaneidade com o procedimento fiscal, ou seja, não havia sido



observada a real quantidade de produtos armazenados na empresa, retrucou as autuantes, informando que a contagem do estoque já tinha sido realizada por outro auditor, em diligência fiscal, no dia 26.08.2013, portanto, despicienda nova contagem pelo Fisco.

Com relação a alegação de multa com caráter confiscatório, aduziram as autuantes que tal argumento merece ser afastado, pois a referência ao não-confisco não se aplica ao descumprimento de normas formais tributárias.

Ao final, entendendo demonstrado o fato gerador, pugnaram pela manutenção do auto de infração.

2 – DOS ANTECEDENTES

Consta dos autos (fl. 76) que a atuada não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

3 – DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Analisando os presentes autos e constatando que a impugnante pede a improcedência da denúncia, observo que no auto de infração lhes foram devidamente apresentadas, de forma clara e precisa, a acusação e a decorrente infração, além dos demais requisitos exigidos no Artigo 20 do vigente RPPAT.

Ademais, ficou evidenciado que foram observados os prazos, especificamente, para a atuada exercer o seu direito de ampla defesa. Portanto, estando a lide devidamente composta e nada havendo a ser sanado, passo a conhecer da presente ação e determinar o seu prosseguimento.

4 – DO MÉRITO

Trata a presente ação de denúncia de saída de mercadoria desacompanhada de documentos fiscais hábeis, referentes a operações sujeitas à



substituição tributária, no período de 27.05.2013 a 26.08.2013, tendo como base levantamento específico de mercadorias, fato que deu lugar à proposição da penalidade constante da inicial.

O contribuinte manifestou-se nos autos, demonstrando insatisfação quanto ao procedimento fiscal realizado sem, contudo, oferecer qualquer prova em contrário.

As autuantes ratificaram o levantamento fiscal procedido, conforme verifica-se das anotações processuais pertinentes.

Consoante se vê dos autos, e em face de todo cabedal comprobatório colacionado pelos autores do feito, notadamente em razão da diferença de quantidade de mercadorias na entrada e saída, ficaram cabalmente demonstrados os fatos denunciados na inicial, vez que os argumentos formulados pela defesa não se mostram capazes de convencer este julgador de forma contrária, conforme se verá.

Primeiramente, mister salientar que inobstante ao fato do contribuinte ter alegado que a mercadoria não teria saído do estabelecimento, mas sim, encaminhada para industrialização, tem-se que tal ato configura sim, um fato gerador, conforme descrito no art. 2º, inciso I, alínea “b” do RICMS:

Art. 2º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I- da saída de mercadoria:

(...)

b) do estabelecimento extrator, produtor ou gerador, para qualquer outro estabelecimento de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou a utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas;

Portanto, não há o que se falar em eventual ausência de fato gerador, vez que, o simples ato de remeter a mercadoria para estabelecimento diverso, com o fim de proceder a industrialização desta, bem como, devolvê-lo ao estabelecimento remetente, já configura a existência do fato gerador, conforme acima esposado.



Com efeito, em relação a alegação de falta de levantamento físico das mercadorias, ou seja, que nenhuma contagem teria sido realizada em simultaneidade com o procedimento fiscal, tem-se que a contagem do estoque já tinha sido realizada por outro auditor, em diligência fiscal, no dia 26.08.2013, conforme afirmado pela auditoras, portanto, torna-se dispensável uma nova contagem pelo Fisco.

O levantamento físico se constitui no mais eficaz instrumento de constatação da realidade quantitativa de estoques de uma empresa, e serve de prova material para comprovação da prática de infrações cometidas pela empresa fiscalizada, ou por terceiros. Trata-se de um registro instantâneo do estoque do contribuinte.

O fato da constatação ter ocorrido na data constante dos autos, em nada foi prejudicado em face do auto de infração ter sido lavrado em data posterior.

Na sequência, sobre a alegação de que a operação em análise estaria acobertada pelo manto da isenção, com fulcro no art. 34 do RICMS, mister salientar que tal dispositivo não encontra-se mais em vigor, da forma como transcrito pela defesa, pois foi alterado pelo Decreto nº 21.934 de 07 de outubro de 2010, conforme abaixo se observa:

Art. 34. Ficam isentas do ICMS as operações internas com peixe, molusco ou crustáceo, capturados ou criados em viveiros neste Estado, realizadas entre produtores ou pescadores e: (NR dada pelo Dec. 21.934 de 07/10/2010).

Ou seja, após a alteração, as operações albergadas pelo dispositivo, seriam aquelas realizadas por pescador ou produtor. Ocorre que, *in casu*, porém, trata-se de operação consistente na remessa de mercadorias (lagosta *in natura*) para beneficiamento (industrialização), não estando a presente operação, portanto, enquadrada na situação descrita no dispositivo acima transcrito.

Outrossim, embora tais operações não sejam beneficiadas pelo instituto legal da isenção, gozam do benefício da suspensão do imposto, nos termos do art. 29, inciso I, do RICMS:

Art. 29. Fica suspensa a incidência do ICMS nas saídas:



I- de mercadoria remetida a outro estabelecimento do mesmo contribuinte ou de terceiros, dentro do Estado, para fins de industrialização ou beneficiamento, desde que o produto resultante retorne ao estabelecimento de origem, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável por mais 30 (trinta) dias, a critério da repartição fiscal competente;

Destarte, cumpre registrar que as mercadorias em questão, ao serem recebidas pela atuada para beneficiamento, ficam sob a sua responsabilidade, a qual, somente será afastada, após devolvidas ao encomendante, através de nota fiscal de estorno de mercadorias.

Nessa linha de raciocínio, em razão das mercadorias anteriormente recebidas para beneficiamento não terem retornado, nem terem sido encontradas no local da fiscalização, correta a aplicação da presunção de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, conforme disposto no art. 361, inciso VIII, do RICMS:

Art. 361. Considerar-se-á ocorrida operação ou prestação tributável quando constatado:

(...)

VIII- a falta de emissão de documento fiscal verificada em levantamento físico-quantitativo;

Com efeito, quanto a alegação de que a mercadoria não teria sido totalmente remetida ao setor de beneficiamento, estando parte dela na armazenagem, tem-se que tal afirmação não merece amparo, vez que durante a fiscalização, o próprio Diretor da empresa atuada apontou para a câmara frigorífica nº 05, informando que seria aquele o único local onde haveria mercadoria da Prime Importação e Exportação S.A., ou seja, após tal afirmação, não há como o contribuinte agora, alegar que existiam outras mercadorias em armazenagem.

Em relação ao fato de que o documento utilizado pela fiscalização, com escopo de fomentar a autuação estaria desatualizado, percebe-se que em verdade, embora a fiscalização tenha sido realizada em outubro e o levantamento do estoque em agosto, a infração apontada nos autos diz respeito ao período de 27.05.2013 a



26.08.2013, data esta, que inclusive, coincide com a data da contagem do estoque, ou seja, 26.08.2013, não havendo, portanto, razão para não se reconhecer que o documento espelhava a realidade na época.

Por fim, no tocante a alegação de multa com caráter confiscatório, por não observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, impende ressaltar que, a pena imposta possui lastro em norma legal vigente, além do fato de em matéria tributária, ser irrelevante se o contribuinte agiu com intenção ou não de fraudar o Fisco, conforme se observa no art. 136 do CTN, importando, apenas, a ocorrência da conduta infratora, constituindo-se, no caso em análise, na saída de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal.

Ademais, saliente-se o fato da penalidade encontrar-se resguardada em lei, não havendo, pois, discricionariedade por parte do aplicador, vez que o percentual encontra-se taxado no próprio dispositivo legal, qual seja, no art. 340, inciso III, alínea “d” do RICMS.

Neste raciocínio, convém lembrar dos ensinamentos do insigne professor Hugo de Brito Machado, que na sua obra, Curso de Direito Tributário, assim leciona:

“A vedação do confisco é atinente ao tributo. Não à penalidade pecuniária, vale dizer, à multa. O regime jurídico do tributo não se aplica à multa, porque tributo e multa são essencialmente distintos. O ilícito é pressuposto essencial desta, e não daquele.” (Editora Malheiros, 25ª Edição, págs. 58/59).

Assim sendo, não vejo como mudar a essência do lançamento indiciário, nos moldes em que foi elaborado pelo seu autor, principalmente pelo fato de que a diferença na quantidade de lagosta *in natura*, não foi encontrada em nenhum local, configurando assim, a venda da mercadoria desacompanhada da devida documentação fiscal.

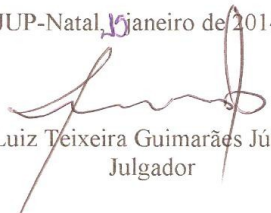
5 – DA DECISÃO



Isto posto e considerando tudo o mais que do processo consta, especialmente o teor da impugnação e da contestação, **JULGO PROCEDENTE** o Auto de Infração lavrado contra a empresa na inicial qualificada, para impor-lhe o pagamento de R\$ 51.838,94 a título de ICMS e R\$ 91.480,48, referentes a multa, o que perfaz um montante de R\$ 143.319,42, sujeito aos acréscimos decorrentes da correção monetária aplicável.

Encaminhe-se à repartição preparadora para cumprimento desta decisão, ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis.

COJUP-Natal, 15 janeiro de 2014.



Luiz Teixeira Guimarães Júnior
Julgador