DECISÃO	303/2013
PAT N.º:	PROTOCOLO SET 214477/2013-1 - PAT 1161/2013-1ª URT
AUTO DE INFR. N.º:	001161/1ª URT, de 20/09/2013
AUTUADA:	VADACO COMÉRCIO DE JÓIAS E ACESSÓRIOS LTDA.
ENDEREÇO:	Av. Sen. Salgado Filho, s/n Garageo, Candelária, Natal-RN-, CEP 59064-900
AUTUANTES:	Alessandre Nunes Ribeiro, mat. 190.909-6, e Ricardo Luiz Matias Pinheiro, mat. 190.909-6
DENÚNCIA:	Ocorrência - Falta de recolhimento de ICMS pela entrada de mercadoria desacompanhada de nota fiscal.

EMENTA:
Falta de recolhimento de ICMS pela entrada de mercadoria desacompanhada de nota fiscal.
1- Levantamento físico quantitativo flagrou mercadorias sem nota fiscal ou registro de entradas, gerando Termo de Apreensão de Mercadorias.
2- Contribuinte estava com estabelecimento aberto no Natal Shopping sem a devida inscrição estadual e com mercadorias expostas à venda sem nota fiscal de entrada..
3- Inscrição estadual foi emitida um dia após visita dos agentes fiscais, embora houvesse inscrição na Receita Federal há mais de um mês antes da fiscalização;
4- Autuada afirma que mercadorias foram adquiridas com NFs emitidas em nome de pessoa física, o que é vedado pela legislação, mas nem algum documento nesse sentido foi anexado como prova, considerando-se, para todos os efeitos, como clandestina a mercadoria apreendida.
5- AÇÃO FISCAL PROCEDENTE.

O RELATÓRIO

1.1 A DENÚNCIA

Entende-se do Auto de Infração 001161/2013, da SUMATI, 1ª URT, de 20 de setembro de 2013, que a firma acima epigrafada, bem qualificada nos autos, foi autuada pela falta de recolhimento de ICMS pela entrada de mercadoria desacompanhada de nota fiscal, com fato gerador previsto no artigo 2º inc. XVI, do Regulamento do ICMS, infringindo o artigo 136, inc. I, alínea "b", combinado com art. 147, inc. XV, e art. 69, XXVI, do mesmo regulamento, Decreto 13.640/97, com a mercadoria apreendida nos termos do art. 370, II do mesmo decreto.

Ainda em concordância com a denúncia oferecida, a falta detectada ensejou a punibilidade prevista no artigo 340, inciso III, alínea "d", do mesmo RICMS, implicando em multa de R$ 64.997,40 (sessenta e quatro mil, novecentos e noventa e sete reais e quarenta centavos), além do ICMS devido, de R$ 36.831,86 (trinta e seis mil, oitocentos e trinta e um reais e oitenta e seis centavos), totalizando o montante de R$ 101.829,26 (cento e um mil, oitocentos e vinte e

nove reais e vinte e seis centavos), com os acréscimos monetários previstos no artigo 133 do mesmo decreto, .

Foram anexados Termo de Apreensão de Mercadorias, Levantamento do Estoque Físico, Demonstrativo, Ordem de Serviço, Consulta Cadastral, e Relatório circunstanciado de fiscalização.

1.2 A IMPUGNAÇÃO

Contrapondo-se à denúncia, alega o contribuinte, sucintamente, o que se segue:.

1- Que no relatório circunstanciado de fiscalização foi citado que a empresa não possuía inscrição estadual, mas conforme documento anexo, a mesma já estava constituída na data citada, segundo destacado no selo da Junta Comercial do estado do RN, onde o processamento do cadastro sincronizado tardou, só reconhecendo a abertura da empresa em 10/09/2013.

2- Que a empresa foi autuada alguns dias depois de sua constituição, não tendo tempo hábil para oficializar a entrada da mercadoria no estabelecimento, uma vez que possui nota fiscal em nome de um dos sócios da empresa, conforme citado no auto de infração, não tendo o autuado intenção de permanecer com mercadorias sem regularização adequada em seu estabelecimento;

3- Que diante do exposto solicita a revisão do termo de notificação fiscal, citando o Decreto 13.793, de 16/02/98, art. 85, inciso IV, e pela vedação constante no artigo 150, IV, da Constituição Federal, de cobrança de tributo com efeito de confisco;

4- Que também o art. 145, § 1º da CF estabelece que, "sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte", verificando-se os direitos individuais, os termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Pelo que, juntando documentos pessoais, comprovante de inscrição e contrato social da empresa, requer a revisão do auto de infração lavrado.

1.3 A CONTESTAÇÃO

Intimados a apresentar, dentro do prazo regulamentar, contestação à impugnação aduzida pela autuada contra a peça de autuação, os autuantes alegam, sucintamente, o que se segue:

1 – Que em procedimento de rotina os autuantes foram verificar a regularidade cadastral e fiscal dos estabelecimentos em funcionamento no Natal Shopping, localizado na Av. Senador Salgado Filho, 2234, Candelária, Natal-RN, e foi realizada visita na autuada, empresa VADACO COMERCIAL DE JÓIAS E ACESSÓRIOS LTDA., I.E. 20.293.916-2.

2- Que conforme já mencionado no relatório circunstanciado de fls. 15 e 16, e confirmado pelo impugnante, a empresa iniciou sua atividade sem inscrição estadual, estando portanto em situação irregular as mercadorias encontradas no estabelecimento no dia 09 de setembro de 2013, e relacionadas no estoque físico do dia 12 de setembro de 2013, quando da execução da ordem de serviço nº 17593/SUMATI;

3- Que o contribuinte declara que as mercadorias teriam ingressado neste Estado acompanhadas de notas fiscais emitidas para um dos sócios, no entanto, mesmo não sendo a legalmente exigida para acobertar as mercadorias na empresa, também não houve juntada aos autos na ocasião de sua impugnação;

4- Citam os autuantes as obrigações dos contribuintes, conforme artigo 150, I, do Regulamento do ICMS, pelo qual devem obter a inscrição antes do início das atividades, e os artigos 408 e 2º, XVI, pelo qual o fato gerador do imposto é a entrada da mercadorias no estabelecimento, e a emissão de notas fiscais.

Pelo que, em função da situação irregular das mercadorias aprendidas, desacompanhadas de notas fiscais, pugnam pela manutenção do auto de infração.

É o que se cumpre relatar.

2. OS ANTECEDENTES

Consta dos autos (fl.18) que o coletado não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

3. DO MÉRITO

Foi o contribuinte autuado pelo fato de terem sido encontradas mercadorias no estabelecimento, supostamente sem documentação fiscal, conforme Levantamento do Estoque Físico de fl. 06, resultando na lavratura do Termo de Apreensão de Mercadorias de nº 92315, documento de fl. 05 dos autos.

Segundo o relatório circunstanciado, em trabalho regular no Natal Shopping, o segundo maior shopping desta Capital, no dia 09 de setembro do corrente foi solicitada à empresa autuada, Vadaco Comércio de Jóias e Acessórios Ltda., sua inscrição estadual, não sendo apresentada na ocasião.

Que no dia 12 daquele mês foi consultado o cadastro da referida empresa, sendo constatada a existência da inscrição estadual de nº 20.293.916-2, notando no entanto que não havia registro das notas fiscais de entrada.

Que munidos da competente Ordem de serviço (nº 17593) foi realizado o devido levantamento das mercadorias e requeridas as notas fiscais de entrada, não sendo apresentadas, mesmo em contato com a contabilista sra. Thaisy Marques Bezerra, CRC nº 9093/RN-P, que também assina a notificação de lançamento no auto de infração.

O contribuinte, em sua defesa, apela ao "artigo 85, inciso IV, alínea 'b', do Decreto 13.793, de 16/02/98", pelo qual cita: "arguição tão somente de ilegalidade ou inconstitucionalidade de disposição de lei", e cita ainda o artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, que veda "utilizar tributo com efeito de confisco". Cita

ainda o art. 145, § 1° da CF, pelo qual os impostos, "sempre que possível, terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte", respeitados "a lei, o patrimônio, os rendimentos, as atividades econômicas do contribuinte".

Como cidadão, a gente sempre se compraz em ver autuado um contribuinte ou empresário, em início de atividade, sabendo-se que muitas empresas fecham as portas com pouco tempo de vida, no entanto, contra o contribuinte, pesam algumas considerações, que se fará a seguir.

Inicialmente, o fato de, conforme consta do relatório de fiscalização, com verossimilhança, o fato de o contribuinte estar operando em um dos maiores shoppings (o segundo maior) desta Capital, sem inscrição estadual, que não foi apresentada na ocasião pela representante legal do estabelecimento lá presente. Segundo, porque o contribuinte apresentou uma inscrição estadual com início da atividade comercial datada de 10/09/2013, segundo Consulta a Cadastro de fl. 11. Ocorre que no Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral juntado pelo contribuinte aos autos à fl. 24, como prova de sua regularidade, consta como "Data de Abertura" o dia 09/08/2013.

Ou seja, a abertura da empresa na Receita Federal ocorreu mais de um mês antes de sua inscrição estadual, logo, não é muito crível que tenha demorado todo esse tempo (mais de um mês, pois segundo o contribuinte "o cadastro sincronizado falhou"), sem que conseguisse obter sua inscrição estadual, sem a qual não poderia então estar aberto o estabelecimento, e que tenha coincidente e subitamente a conseguido um dia após a visita dos fiscais, como se tivesse ocorrido repentinamente o fim da burocracia que impedia a sincronização cadastral.

Mesmo assim, sem inscrição estadual, então como o contribuinte iria registrar as mercadorias adquiridas, colocadas à venda? E como as adquiriu? Afirma o defendente que a aquisição foi feita através de notas fiscais em nome de pessoa física, o que não é permitido pela legislação, mas nem mesmo qualquer prova de tal ato, ou de sua alegação, foi juntada.

Para os efeitos do processo, a mercadoria foi encontrada à venda no estabelecimento, sem qualquer documentação fiscal, exatamente como descrito na ocorrência, e como veda a legislação, caracterizando não só o fato gerador, pois que a legislação equipara à saída as mercadorias nesse situação, segundo Lei 6968/96, a saber:

Art. 9º *Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

I *- da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;*

§5º *Para efeito deste artigo, equipara-se à saída:*

I *- a situação da mercadoria cuja entrada não esteja escriturada em livro próprio;*

Assim como também a multa aplicada, prevista no mesmo diploma legal:

Art. *64.* *Serão punidas com multa as seguintes infrações à legislação do imposto:*

III *- relativamente à documentação fiscal e à escrituração:*

d) *dar saída ou entrada de mercadoria desacompanhada de nota fiscal: trinta por cento do valor comercial da mercadoria;*

Isto posto, embora o contribuinte apele ao montante do imposto e da penalidade aplicada, este julgador, embora sensibilizado, elastecendo o benefício de eventual dúvida, não tem competência para contrapor-se aos fatos, dentro do processo, e às expressas disposições legais, no que tange à sua aplicação. Ademais, o contribuinte arriscou-se à situação fática da qual foi vítima, pois como o Fisco iria saber caso as mercadorias tivessem sido vendidas? Nesse caso, entende-se que há ou haveria a lesão ao erário e à sociedade como um todo, representando por parte do contribuinte um enriquecimento ilícito, e a mercadoria, para todos os efeitos, considerada como clandestina.

Isso de acordo com o que reza o artigo 109 do Decreto 13.796/98:

Art. 109*. Instaurado o contraditório, a competência para julgamento do processo administrativo tributário, em primeira instância, é do auditor fiscal, membro da Coordenadoria de Julgamento de Processos Fiscais, e da autoridade preparadora quando não configurado, por qualquer motivo, o contencioso.*

§ 1º*. Não se inclui na competência do julgador de primeira instância o exame da legalidade e da constitucionalidade de disposição de lei e de ato normativo infralegal, exceto em se tratando de matéria já reconhecida por decisões reiteradas do Superior Tribunal de Justiça ou por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.*

DECISÃO

Fundamentado no exposto, levando-se em consideração que as razões de defesa do litigante revelam-se ineficazes para invalidar o lançamento tributário de ofício, JULGO PROCEDENTE o Auto de Infração de fl. 01, para impor à autuada à pena de multa de de R$ 64.997,40 (sessenta e quatro mil, novecentos e noventa e sete reais e quarenta centavos), além do ICMS devido, de R$ 36.831,86 (trinta e seis mil, oitocentos e trinta e um reais e oitenta e seis centavos), totalizando o montante de R$ 101.829,26 (cento e um mil, oitocentos e vinte e nove reais e vinte e seis centavos), com os acréscimos monetários previstos no artigo 133 do mesmo decreto.

Remeto os autos à 1ª URT, para ciência das partes e demais providências legais cabíveis.

COJUP, Natal (RN), 19 de novembro de 2013

Sílvio Amorim de Barros

Julgador Fiscal, AFTE-5, Mat.151.238-2