

A. I. Nº - 279459.0055/20-1
AUTUADO - RN COMÉRCIO VAREJISTA S.A.
AUTUANTE - FERNANDO ANTÔNIO CÂNDIDO MENA BARRETO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08/07/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0081-03/21-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O Autuado não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Indeferido pedido de diligência fiscal. Não acatada solicitação de redução ou cancelamento da multa aplicada. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 23/11/2020, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$135.044,65, acrescido da multa de 60%, pela constatação da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 02.01.01. deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de outubro de 2017 e junho de 2018.

O autuado impugna o lançamento às fls.18/27, através de advogados procuração fl.38. Contesta a autuação dizendo da tempestividade da sua defesa administrativa. Repete a irregularidade imputada. Diz que vem apresentar impugnação ao auto de infração em epígrafe, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas, requerendo, desde já, seu recebimento e regular processamento, a fim de que seja anulado o referido auto de infração.

Primeiramente, insta esclarecer, que a Impugnante é empresa comercial que tem como finalidade social a comercialização varejista de eletrodomésticos e eletroeletrônicos em geral. Ocorre que foi surpreendida com o recebimento do Auto de Infração em discussão, no qual é alegado o *recolhimento a menor do ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais da empresa*. Salaria que muito embora o valor total da infração seja de R\$ 135.044,00, foi aplicada multa de 60% sobre o valor devido. Ou seja, não é plausível que se permita a cobrança de multa e juros em percentuais evidentemente confiscatórios.

Sem mais delongas, diz que passa a demonstrar as razões de fato e direito que levarão à nulidade do lançamento e, conseqüentemente, a cancelamento do auto de infração lavrado.

Sustenta que em razão da delicada situação financeira em que se encontra, insta noticiar que foi requerida e deferida pelo Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, o processamento de sua Recuperação Judicial (1070860-05.2020.8.26.0100), conforme despacho proferido em 10/08/2020 (Doc. 02).

A fim de melhor ilustrar a relevância social da questão, colaciona *prints* de alguns dos principais meios de comunicação do país, veiculando a notícia acerca do pedido de Recuperação Judicial da Ricardo Eletro, em agosto de 2020.

À vista disso, consoante os princípios que regem o processo administrativo, reitera que a Lei de Recuperação Judicial, bem como a Carta Magna preconizam a necessidade de preservação da empresa, não apenas no intuito de preservar a propriedade privada, mas também para assegurar a sua função social. Afinal, não se há de olvidar, que a empresa representa na sociedade fonte de riquezas, gerando empregos, impostos e movimentando toda a economia.

Com efeito, diz que a recuperação judicial é um "divisor de águas" para a empresa, uma vez que passa de uma realidade administrativa e financeira, normalmente conturbada, para uma atividade

organizada e em rigoroso atendimento às mais modernas normas de segurança do trabalho, *compliance*, etc., visando a regularização não somente de suas dívidas, mas também de todo o seu departamento administrativo, passando desde a diminuição do quadro de funcionários à manutenção regular de seus maquinários, visando otimizar o lucro e, dessa forma, superar a momentânea crise vivenciada.

Chama a atenção dos Julgadores, ser de conhecimento meridiano que a realização de quaisquer atos executórios prejudica imensamente a continuidade do seu processo de recuperação judicial, vindo a colocá-la em risco, por prejudicar a saúde financeira da empresa no seu dia a dia e por configurar ato que frustrará o interesse dos credores habilitados na aludida recuperação judicial.

Assim, em razão da função social que deve ser preservada, serve a presente impugnação para requerer sua procedência total, anulando todo lançamento, eis que este, além de abusivo (em razão da multa exorbitante), pode vir a gerar danos ao processo de reestruturação da empresa.

Afirma que muito embora tenha declarado o Fisco, por meio do auto de infração em epígrafe, que os valores referentes ao ICMS de outubro de 2017 e junho 2018 não tenham sido recolhidos, tal alegação não pode prosperar. Isso porque, uma vez que as operações foram escrituradas, tendo em vista o volume e constância das operações realizadas pela Impugnante, não há que se falar na ausência de recolhimento dos valores escriturados.

Nesse sentido, a verdade material sempre deve prevalecer, certo de que referido princípio, que norteia o processo administrativo, é fundamental no presente caso, uma vez que não há demonstração, de fato, da ausência de recolhimento do referido tributo. Discorre sobre o princípio da verdade real, que fundamentado em provas materiais representa, indubitavelmente, alicerce que deverá prevalecer em todo e qualquer processo administrativo-fiscal. Nesse sentido, cita os ensinamentos de James Marins.

Sustenta que o ato administrativo do lançamento é plenamente vinculado, motivo pelo qual qualquer apreciação subjetiva do seu praticante haverá de ser repugnada. Onde cabe a lei e a tipicidade cerrada não há espaço para rumores de mera pessoalidade do agente fiscal, ou seja, o impugnante não pode estar à mercê de uma autuação que apenas declara que o valor do débito está devidamente planilhado em mídia digital em apartado ao auto de infração. Isso posto, diz que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade não podem ser ignorados no caso em apreço, até mesmo o lançamento, mesmo nas hipóteses descritas no art. 148 do Código Tributário Nacional deve ser direcionado pelos alicerces da razoabilidade e da proporcionalidade.

Salienta que o caso em apreço necessita de complexo planilhamento e cálculo, para verificação da existência de infração tributária e sua mensuração na hipótese de ocorrência. Sendo impossível sua constatação, seja em sede de impugnação, seja em sede de julgamento, sendo certo que caso esse órgão acate o relatado de forma tão sucinta pelo agente fiscal, estará certamente ocorrendo uma autuação por presunção, o que de forma alguma pode ocorrer. Pois bem, presunção se contrapõe à subsunção. Entende por esta, a devida adequação dos elementos fáticos à norma geral e abstrata tributária.

Conclui dessas rápidas considerações, que a presunção é incompatível com o princípio da legalidade tributária, em especial, no que se refere à formação da relação jurídica tributária. Na falta de precisa verificação de qualquer dos aspectos da hipótese de incidência, não existirá obrigação alguma a ser satisfeita. O Professor Alcides Jorge Costa exprimiu muito bem esta ideia ao afirmar que *'pagamento de qualquer tributo resulta do cumprimento de uma obrigação preexistente'*."

Sendo assim, evidenciada a ausência de diligência para apurar a ocorrência da infração descrita pelo agente fiscal, resultará em uma autuação por presunção. Desta forma, evidente que não podem prosperar as alegações do Fisco, devendo ser o presente auto de infração anulado, com a consequente extinção dos processos originários. Caso assim não entenda, requer a conversão do

juízo em diligência para apuração da documentação acostada nesta inicial, apurando-se assim, a real existência de débitos no período objeto da presente autuação.

Acerca da exorbitante aplicação de multas tributárias punitivas, diz que se faz necessária, já que infelizmente ainda ocorrem situações em que o contribuinte é gravemente penalizado com multas que ultrapassam os limites da razoabilidade e que podem ocasionar o surgimento de dívidas impagáveis com o Poder Público, levando, em muitas ocasiões, à falência de empresas (no seu caso, está em processo de Recuperação Judicial). Assim, surgiu o embate entre as empresas e o fisco acerca da legalidade da aplicação de multas punitivas, ocasionando o confisco, expressamente vedado na Constituição Federal do Brasil, nos termos do seu artigo 150, inciso IV, que reproduz.

Sobre o tema, cita decisão do Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário 833.106, oriundo do Estado de Goiás. No referido caso, estava em apreço a legalidade da aplicação de multa tributária punitiva no percentual de 30% sobre o valor do tributo principal, prevista através de lei estadual em pleno vigor em Goiás. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do referido caso, reafirmando decisão que anteriormente já havia tomado, entendeu que é inconstitucional a aplicação de qualquer sanção administrativa tributária punitiva, tanto em caráter federal, estadual e municipal, em percentual tão elevado. No caso em apreço, se discute a legalidade da aplicação de multa tributária punitiva em percentual de 60% sobre o valor do tributo principal.

Afirma que a multa se revela ainda mais descabida, quando o seu valor é desmesurado. É que, como reconhecem a doutrina e a jurisprudência administrativa e judicial, se não for de todo excluída, a penalidade deve ser reduzida a valor módico, servindo como medida de caráter pedagógico. Cita Luciano Amaro, sobre o tema.

Tal graduação, quando não é adequadamente prevista na lei, pode e deve ser feita pelo julgador administrativo ou judicial, como demonstrado. Entende que o fundamento é a equidade, expressamente prevista no art. 108, IV, do CTN e que serve de contraponto à pretensa objetividade dos ilícitos fiscais.

Assim, caso a multa não seja integralmente anulada, minimamente esta deve ser reduzida a um valor correspondente à gravidade da infração, nos termos da argumentação supra, certo de que a referida penalidade - se mantida - há de ser reduzida a patamares razoáveis, em função da equidade, ante a manifesta injustiça e caráter confiscatório da multa aplicada.

Este entendimento vem se perpetuando com o tempo, certo de que, conforme se verifica dos autos do processo 1056584-13.2020.8.26.0053, em trâmite perante a 33 Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, em 26/11/2020 foi proferida Decisão ainda mais pertinente ao caso em apreço, já que se direciona exatamente à multa por dívida de ICMS. De acordo com o Magistrado, a multa por dívida de ICMS não pode ultrapassar 20% da atividade tributável.

Observa que por qualquer prisma, está evidenciado o caráter confiscatório da multa aplicada nestes autos. Desta forma ante à boa-fé do Contribuinte, a multa deve ser anulada ou se não for este o entendimento dos Julgadores, deve ser o patamar da multa reduzido, conforme entendimento do Supremo Tribunal de Justiça - e que vem se sedimentando - ou, ainda, subsidiariamente, requer a fixação de multa em patamar mínimo fixado pela legislação em caso de autuações fiscais, certo da ausência de dolo no caso em tela.

Assim, pelos fatos e direito contidos na defesa, requer seja conhecida e julgada integralmente procedente a impugnação para: a) decretar a nulidade do auto de infração, com consequente extinção do procedimento administrativo, tendo em vista a ausência de provas do não recolhimento do ICMS no exercício de 2017 (outubro) e 2018 (junho), uma vez que, certamente, foram recolhidos pelo contribuinte; b) caso assim não entenda, requer a conversão do julgamento em diligência para apuração da documentação acostada nesta inicial, apurando-se assim, a real existência de débitos no período objeto da presente autuação; c) decretar a nulidade da multa imposta no presente auto de infração, certo de que 60% (sessenta por cento) é patamar

flagrantemente confiscatório, o que não pode prosperar; d) por fim, caso não sejam acolhidos os argumentos esposados pela Defendente, seja a multa aplicada reduzida pelo princípio da equidade, na medida que a autuação ultrapassou os limites do princípio do não- confisco, da legalidade tributária e da capacidade econômica do contribuinte.

O Autuante presta a informação fiscal fl.41. Repete a irregularidade apontada no auto de infração. Comenta que no mês de outubro de 2017, houve o recolhimento a menor no valor de R\$96.980,68, decorrente da diferença do lançamento débito declarado, no valor de R\$419.450,26 e o realmente apurado conforme livro de Apuração do ICMS (EFD) no valor de R\$516.430,94, conforme cópias da EFD anexadas.

No mês de junho de 2018, não houve pagamento do saldo apurado, conforme conta corrente, livro de Apuração do ICMS (EFD), relação de DAES recolhidos (fls.45/47) e cópia de *e-mail* da autuada confirmando o débito em anexo (fls.08/10).

VOTO

Preliminarmente, o Autuado arguiu nulidade do lançamento fiscal. Disse que em razão da delicada situação financeira em que se encontra, foi requerida e deferida pelo Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, o processamento de sua Recuperação Judicial (1070860- 05.2020.8.26.0100), conforme despacho proferido em 10/08/2020 (Doc. 02).

Sobre esta alegação, observo que a recuperação judicial deferida ao contribuinte, em nada afeta o poder do Fisco na constituição e lançamento do crédito tributário. Ademais, o lançamento de ofício deve ser realizado para assegurar a futura exigibilidade do crédito tributário, evitando que seja fulminado pela decadência.

Importante lembrar, dos privilégios e garantias de que se reveste o crédito tributário, conforme dispõe o art. 184 do CTN, reproduzido a seguir:

Art. 184. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis.

Da leitura do dispositivo retro mencionado, resta evidente, que nesta fase processual, a alegada recuperação judicial a que o autuado se refere, não possui o condão de modificar ou extinguir a exigência fiscal ora apreciada.

Sendo assim, constato que a autuação fiscal está embasada nos demonstrativos elaborados pelo Autuante, fls.06/09, contidos no CD fl. 12, de acordo com a Escrituração Fiscal Digital e documentos fiscais emitidos pelo defendente, tendo sido fornecidas cópias dos mencionados demonstrativos via DTE, fl. 15. Consta também, Termo de Intimação para apresentar livros e documentos, fl. 05, recebido dia 17/08/2020.

Verifico que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Observo, que a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário pelo lançamento, deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado. No caso em exame, o autuado está devidamente

identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Sobre o pedido de diligência fiscal solicitado, indefiro de plano, considerando que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos Julgadores, cabendo ao defendente comprovar suas alegações, sendo inadmissível a realização de diligência quando destinada a verificar fatos e documentos que estão na posse do Contribuinte, e a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas para as conclusões acerca da lide. Assim, com fundamento no art. 147, I, “a” e “b” do RPAF/99, não acato o referido pedido de diligência.

No mérito, a infração 01 trata da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de outubro de 2017 e junho de 2018.

Compulsando os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Autuado não trouxe à luz deste processo, qualquer prova com o condão de elidir ou modificar a irregularidade apurada em ação fiscal. Conforme já mencionado neste voto, limitou-se a alegar dificuldades financeiras e que estaria amparado em processo judicial que lhe foi favorável, visto que foi requerida e deferida pelo Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, o processamento de sua Recuperação Judicial.

Caberia ao defendente, trazer ao processo a prova concreta de que teria realizado o recolhimento do imposto devido, referente aos meses de outubro de 2017 e junho de 2018, apresentando cópias de sua escrituração fiscal com os respectivos DAES de recolhimento, o que, até esta fase processual, não ocorreu. Aliás, em cópia de *e-mail* apensado ao PAF, fl.47, o próprio Autuado confessa a omissão do recolhimento do imposto para os meses mencionados.

Registro, que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143 do mesmo regulamento. Assim, entendo que a infração 01 resta caracterizada.

O defendente requereu, que na hipótese desta JJF não deliberar pela improcedência do auto de infração, o cancelamento, ou mesmo a redução da multa cobrada, é medida que se impõe, em respeito aos princípios da razoabilidade e da não-confiscatoriedade, e em atendimento à equidade, nos termos estabelecidos no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96.

No que concerne ao pedido de cancelamento ou redução da multa aplicada, considerando que este Órgão Julgador não possui competência para seu atendimento, deixo de acatá-lo. É importante destacar, que o § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e o art. 158 do RPAF/99, foram revogados (O § 7º do art. 42 foi revogado pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19). Sendo assim, evidencia-se também a impossibilidade legal para atendimento a este pleito do defendente.

De igual forma, observo que esta Junta de Julgamento Fiscal não possui competência para apreciar a inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que regem a matéria, objeto da contenda (art. 167, I RPAF/99).

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o auto de infração **nº 279459.0055/20-1**, lavrado contra a empresa **RN COMÉRCIO VAREJISTA S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$135.044,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea "f" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 01 de junho de 2021.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR