

PROCESSO	- A. I. Nº 279459.0055/20-1
RECORRENTE	- RN COMÉRCIO VAREJISTA S.A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0081-03/21-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 11/05/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0081-11/22-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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 3ª JJF Nº 0081-03/21-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/11/2020, para exigir ICMS no valor histórico de R\$135.044,65, em razão de uma única infração, descrita a seguir.

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. Multa de 60%. Consta, ainda, que “contribuinte recolheu a menor o ICMS apurado nos meses de out 2017 e junho de 2018, conforme demonstrativo analítico, cópias EFDs, Daes recolhidos e planilhas gravadas em DVD”.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 01/06/2021 (fls. 53 a 58) e julgou Procedente o Auto de Infração. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“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 defendant, 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 comprehensível, 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 constitucionalidade 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."

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, "b" do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 66 a 80, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Primeiramente, faz um breve relato dos fatos, esclarecendo ser empresa comercial que tem como finalidade social a comercialização varejista de eletrodomésticos e eletroeletrônicos em geral. Questiona o elevado valor da multa e juros lançados, argumentando não ser plausível que se permita a cobrança de multa e juros em percentuais evidentemente confiscatórios - no caso 60%, elevando à cobrança total de R\$135.044,65 para R\$ 236.072,29.

Preliminarmente, suscita a nulidade do lançamento tributário. Argumenta que, em razão da delicada situação financeira em que se encontra a Recorrente, noticia 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, conforme despacho proferido em 10 de agosto de 2020 (DOC. 02).

A fim de melhor ilustrar a relevância social da questão, anexa *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 proteger a propriedade privada, mas também para assegurar a sua função social. Afinal, não se pode olvidar que a empresa representa, na sociedade, fonte de riquezas, gerando empregos, impostos e movimentando toda a economia. Ressalta que a realização de quaisquer atos executórios prejudica imensamente a continuidade do processo de recuperação judicial da empresa, vindo a colocá-la em risco, 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 petição para requerer sua procedência total, anulando todo o lançamento, eis que este, além de abusivo (em razão da multa exorbitante), pode vir a gerar danos ao processo de reestruturação da empresa.

No mérito, pondera que, muito embora tenha declarado ao 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 Recorrente, não há que se falar na ausência de recolhimento dos valores escriturados.

Nesse sentido, pugna que 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 é demonstração, de fato, da ausência de recolhimento do referido tributo. Transcreve a doutrina de James Marins em apoio aos seus argumentos.

Ensina que o ato administrativo do lançamento é plenamente vinculado, motivo pelo qual qualquer apreciação subjetiva do seu praticante haverá de ser repugnada, pois 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. Tal medida afronta diretamente o direito à ampla defesa que baliza nosso ordenamento jurídico, não podendo ser ignorado, ainda, que a empresa atravessa grave crise financeira, que acarreta grande *turnaround* de funcionários, acarretando grande dificuldade para levantamento de subsídios sobre o Auto de Infração em questão.

É exatamente o que pode ocorrer na presente autuação, caso este órgão julgador, tome como verdade absoluta as alegações do agente fiscal, sem promover devida diligência para constatação da ocorrência da infração capitulada, bem como de sua mensuração caso ela de fato ocorra, pois é incontrovertido, 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 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-se admitir.

Conclui, assim, a partir dessas rápidas considerações que a presunção é absolutamente 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, defende que não existirá obrigação alguma a ser satisfeita. Transcreve a doutrina de Alcides Jorge Costa em apoio à sua tese.

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

Ressalta a boa-fé da Recorrente e dos limites fixados pelo Supremo Tribunal Federal para multas tributárias aos contribuintes, pugnando pela sua redução a valor razoável em atendimento ao princípio da equidade.

Argumenta que o debate acerca da legalidade ou ofensa à Constituição Federal em face da aplicação, pelos órgãos fiscalizadores, de multas em percentuais superiores ao valor original do débito tributário recentemente chegou às mãos do Supremo Tribunal Federal, tendo o colegiado entendido que é inconstitucional a aplicação de qualquer sanção administrativa tributária punitiva, tanto em caráter federal, estadual e municipal, em percentual tão elevado.

Transcreve doutrina e jurisprudência para, enfim, concluir que a multa deve ser reduzida a um valor que guarde proporcionalidade com a gravidade da conduta infratora, repercutindo em efeito confiscatório quando a sanção supera os 20%. Portanto, acima deste percentual entende que se viola o princípio da proporcionalidade.

Assim, pelos fatos e direito contidos na presente peça recursal, requer seja conhecida e julgada integralmente procedente a presente petição 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); **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; e **d**) por fim, caso não sejam acolhidos os argumentos esposados pela Recorrente, seja a multa 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;

Nestes termos, pede deferimento.

VOTO

Preliminarmente, quanto à alegação de nulidade do Auto de Infração pela possibilidade de gerar danos ao processo de recuperação judicial, em que se encontra a empresa, é importante destacar que o deferimento da recuperação judicial obsta, por determinado prazo, as ações de execuções existentes contra o patrimônio do devedor, sem repercutir nos atos constitutivos, que têm por objetivo apurar e dar liquidez aos direitos de terceiros, objeto de futuras ações executórias.

Não pode, por óbvio, obstar a lavratura de Autos de Infração, os quais visam propiciar a discussão acerca da existência ou não de créditos tributários contra a Recorrente, ao qual a lei garante o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Quanto à preservação da empresa e dos empregos, a Lei de Recuperação Judicial tem exatamente esse objetivo, ou seja, propiciar a repactuação das dívidas existentes, de forma a que a empresa tenha condições de manter o negócio e recuperar-se da momentânea situação financeira em que se encontra. É o que já se encontra em prática com o deferimento da recuperação judicial da empresa, sem nenhuma repercussão ou retardamento no processo de constituição de créditos titularizados por terceiros, sejam quais forem eles.

Assim, rejeito o pedido de nulidade por absoluta impertinência.

Denego o pedido de diligência, por entender que os elementos do processo são suficientes à formação da convicção dos julgadores.

No mérito, o Sujeito Passivo limitou-se a negar o ilícito, sem trazer elementos concretos que pudessem auxiliá-lo nesse mister.

Ademais, importante esclarecer que o presente lançamento não decorreu de presunção, mas da efetiva apuração dos fatos geradores de obrigações tributárias, os quais foram devidamente documentados pela própria Recorrente que os escriturou em seus livros fiscais.

Nesse sentido, qualquer tentativa do Sujeito Passivo em elidir o presente lançamento passa por desenvolver uma atividade processual própria a desconstituir os elementos fornecidos por sua escrita, que fazem prova contra o empresário, conforme art. 417 do CPC, abaixo reproduzido.

"Art. 417. Os livros empresariais provam contra seu autor, sendo lícito ao empresário, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos."

Como nada fez nesse sentido, entendo que sucumbiu aos efeitos jurídicos produzidos pela sua escrita fiscal, restando caracterizada a infração.

Quanto à alegação de constitucionalidade da multa por seu efeito confiscatório, cumpre esclarecer que refoge às atribuições deste Conselho de Fazenda a apreciação de arguição de constitucionalidade, conforme dispõe o art. 167, inciso I do RPAF, abaixo reproduzido.

"Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de constitucionalidade;
...”

Por fim, quanto ao pedido de redução da multa ao patamar de 20%, igualmente, não dispõe, esta Corte, de poderes para tal, uma vez que o ilícito decorreu de descumprimento de obrigação principal, o que afasta essa possibilidade.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 279459.0055/20-1, lavrado contra a empresa RN COMÉRCIO VAREJISTA S.A., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$135.044,65, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS