Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
8553
Carimbado Eletronicamente

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE MAGÉ/RJ

TJRJ MAG CV01 201907320129 10/09/19 18:43:36136002 PROGER-VIRTUAL

Processo nº. 0009466-67.2016.8.19.0029

EMPRESA DE MINERAÇÃO DE ÁGUAS SANT'ANNA LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) E OUTRAS, por seus advogados abaixo assinados, nos autos de sua **RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, perante este D. Juízo e r. Cartório, em atendimento à r. decisão de fls. 6.579/6.593, vem respeitosamente à presença de V. Exa. expor e requerer o quanto segue.

I – DO PARECER APRESENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ÀS FLS. 6.507/6.518

Por meio do parecer apresentado às fls. 6.507/6.518, a I. Promotora de Justiça destacou, dentre outros pontos, a questão atinente à exclusão das Recuperandas do regime especial de controle, fiscalização e pagamento de ICMS.

Nessa esteira, em que pese o pedido das Recuperandas já tenha sido acolhido por este D. Juízo às fls. 6.943/6.495, o parecer do MP externou o entendimento de que o requerimento deveria ser indeferido, sob o fundamento de que tal tributo seria um ônus ao consumidor final, pois é adicionado ao preço dos produtos comercializados, de modo que caberia às empresas apenas *"antecipar"* o recolhimento do imposto a ser inserido no preço da mercadoria.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
8554
Carimbado Eletronicamente

No entanto, torna-se imperioso realizar as seguintes considerações no caso em tela.

A) DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Primeiro, as Recuperandas destacam que a matéria ora discutida é objeto de agravo de instrumento interposto pelo Estado do Rio de Janeiro em face da r. decisão de fls. 6.493/6.495, o qual está registrado sob o nº. 0049654-87.2019.8.19.0000 e tramita perante a 27ª Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça *ad quem*.

Tal recurso ainda pende de julgamento e já foi, inclusive, respondido pelas Recuperandas, consoante se verifica da contraminuta protocolizada em 29/08/2019, bem como do anexo *print* de andamento processual do E. Tribunal de Justiça (docs. anexos).

Ou seja, a matéria foi devolvida ao Segundo Grau pela parte que possui real interesse no tocante à decisão proferida (Estado do Rio de Janeiro) e será objeto de apreço pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro quando do julgamento do recurso, o que deve ser observado por este D. Juízo, para se evitar a prolação de decisões conflitantes.

Ademais, em que pese o quanto assentado especificamente à fl. 6.590, fato é que ao proferir a r. decisão de fl. 6.493/6.495 e **deferir** o pleito das Recuperandas, este D. Juízo acabou por apreciar e considerar os elementos e documentos que demonstraram a razão da pretensão das empresas.

Nessa esteira, assentou este D. Juízo que, no caso em tela, *"deverão ser obedecidas as peculiaridades da recuperação judicial, em especial, em atendimento ao princípio da preservação da empresa."*

Além disso, também se baseou este D. Juízo no parecer apresentado pela Administradora Judicial, que opinou de forma favorável

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
8555
Carimbado Eletronicamente

ao deferimento do pedido, de maneira que tal questão não deve ser revisitada nesse momento nos autos.

Entretanto, para fins de cumprimento do quanto determinado na r. decisão concessiva da recuperação judicial, as Recuperandas passam a pontuar o tema trazido à baila pela I. Promotora de Justiça, nos seguintes termos.

B) DA NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO AFASTAMENTO DO REGIME ESPECIAL, ANTE A AMEAÇA CONCRETA DE INTERRUPÇÃO DAS ATIVIDADES DAS EMPRESAS

Como dito, entendeu a I. Promotora de Justiça que as medidas administrativas efetivadas pela Secretaria da Fazenda não seriam capazes de impedir a realização das atividades da empresa, bem como que bastaria às Recuperandas a antecipação do recolhimento dos tributos, pois estariam inseridos no preço da mercadoria, que seria suportado pelo consumidor final.

Outrossim, deduz o MP que existiriam diversas formas de pagamento de débitos tributários (Decretos Estaduais nºs. 45.492/2015, 45.504/2015 e 44.007/2012) que seriam capazes de solucionar a questão.

Entretanto, com o devido acatamento, não merece guarida o entendimento externado no parecer do Ministério Público, pois, primeiro, o tributo em questão não é retido na fonte e é devido pela própria pessoa jurídica que exerce a atividade comercial.

O fato do imposto ser considerado para fins de atribuição do preço da mercadoria não significa que este seria um ônus apenas ao consumidor final.

Até porque, da mesma forma merece ser sopesado o fato de que, além do imposto, todos os elementos de produção e destinação ao consumidor final (matéria prima, mão de obra, equipamentos, instalações, transporte e logística) são considerados para fins de estabelecimento do preço dos produtos, de maneira que a decisão de afastamento do regime especial de recolhimento do ICMS não permite,

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
8556
Carimbado Eletronicamente

ou estimula de forma alguma o descumprimento de obrigações tributárias.

Outrossim, merece relevo que o próprio parecer apresentado considera que *"Ao vender uma mercadoria ou realizar alguma operação em que se aplique o ICMS, é efetuado o fato gerador quando a titularidade deste bem ou serviço passa para o comprador. Ou seja, o tributo só é cobrado quando mercadoria é vendida ou o serviço é prestado para o consumidor, que passa a ser o titular deste item ou do resultado da atividade realizada."*

Ora, se o fato gerador ocorre com a transferência da titularidade do bem, não se mostra crível admitir que, diante da situação relatada nos autos, as Recuperandas antecipem o recolhimento de tal tributo antes da efetiva venda, sob pena de cassação da inscrição estadual, com a denegação de emissão de Notas Fiscais e consequente paralisação das atividades.

Ademais, quanto à questão dos parcelamentos tributários mencionados pela I. Promotora de Justiça, as Recuperandas destacam que, inobstante a existência dos Decretos Estaduais apontados acima, nenhum deles instituiu o parcelamento específico de dívidas tributárias para empresas em Recuperação Judicial, como previsto no art. 155-A, §3º do Código Tributário Nacional ("CTN").[1]

Dito disso, não se pode olvidar, como já esclarecido, que antes das dívidas tributárias, as Recuperandas têm a obrigação legal de primeiro quitar todos seus credores trabalhistas, pois esses têm preferência ao crédito tributário, conforme cristalina dicção do art. 186 do CTN.[2]

Sobre a ordem de preferência, prevista na Lei nº 11.101/05, a Administradora Judicial, ratificando o pedido de afastamento do sistema especial de recolhimento do ICMS, formulado

---

[1] Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica. [...]
§ 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.

[2] Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
8557
Carimbado Eletronicamente

pelas Recuperandas, afirmou que *"tal medida [submissão das Agravadas ao regime especial de recolhimento do ICMS] representa coação política para pagamento de tributos e afronta a posição pacífica do STF a respeito do tema, violando a preferência legal dos créditos trabalhistas trazida no art. 186 do CTN"* (trecho trazido especificamente da fl. 6.296).

Ainda acerca da aplicabilidade do disposto no art. 186 do CTN, a Administradora Judicial esclareceu que *"tal artigo fora incluído no CTN justamente para amoldar a cobrança tributária nacional à preferência de créditos estabelecida na Lei 11.101/2005, evitando que os créditos tributários preferissem aos créditos listados no QGC das Massas Falidas, bem como evitando que a sua cobrança administrativa de maneira desproporcional conduzisse uma sociedade empresária em recuperação para a situação falimentar. Tanto é assim que, a LCP nº 118 foi introduzida à época da Lei 11.101/2005, tendo tal posicionamento se consolidado ao longo dos anos no STF."* (Fl. 6.297)

Repisa-se, que em cumprimento ao plano de Recuperação Judicial, as Recuperandas têm pagamentos relevantes e pesadíssimos para fazer a seus 800 credores trabalhistas. Assim, é imperioso que todos os recursos possíveis sejam direcionados prioritariamente à quitação desse passivo trabalhista, acima de tudo, pelo caráter social e alimentar que tais verbas encerram.

Logo, as empresas reiteram que para cumprir o plano de Recuperação Judicial e arcar com todas as suas obrigações, inclusive as tributárias, é imprescindível que as Recuperandas não sofram qualquer coação que prejudique ou impeça a continuidade de suas atividades, circunstância essa que, ao contrário do quanto assentado no parecer de fls. 6.507/6.518, se torna inevitável frente à submissão ao sistema especial previsto pela Portaria SUFIS nº. 481/19.

Isso porque, como já demonstrado nos autos, conforme a previsão existente no art. 3º, inciso II da referida Portaria, a Auditoria-Fiscal responsável poderá, diante da insatisfatoriedade das informações fornecidas ou caso seja insuficiente o montante do imposto recolhido no período pertinente, suspender o credenciamento das empresas para emissão de Nota Fiscal Eletrônica ("NF-e").

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
8558
Carimbado Eletronicamente

Ora, resta nítido que as medidas administrativas são capazes de impedir a consecução das atividades das empresas, eis que, **se a Fazenda do Estado de fato impedir a emissão de notas fiscais das Recuperandas, estas simplesmente não poderão mais vender seus produtos e nem exercer atividades, o que claramente colocará em grave risco o futuro da Recuperação Judicial, em afronta aos princípios maiores desse instituto.**

Em caso análogo envolvendo a Recuperanda Atlântica, em que a Fazenda Estadual, diante da existência de débitos tributários, procedeu com o cancelamento da inscrição estadual da contribuinte, o C. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ("TJ/RJ") assim decidiu:

> "Agravo de instrumento. Mandado de Segurança. Agravada que teve sua inscrição estadual cancelada junto ao Fisco Estadual por conta de débitos tributários. Deferimento da liminar para determinar a reativação da inscrição estadual. **Decisão que se encontra em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que "surge conflitante com a Carta da República legislação estadual por meio da qual são impostas restrições ao exercício da atividade econômica ou profissional do contribuinte, quando este se encontra em débito para com o fisco, caracterizada forma oblíqua de cobrança de tributos". Súmula 70 do STF. Procedimento que não se coaduna com o livre exercício da atividade econômica. CRFB, art. 170, parágrafo único. Agravante que dispõe da execução fiscal, com suas prerrogativas de constrição, para a cobrança de débitos tributários.** Presença dos requisitos legais para o deferimento da liminar. Art. 7º, III, da Lei 12.016/2009. Decisão agravada que não se evidencia teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos. Aplicação do entendimento consolidado no Enunciado nº 58 da Súmula da Jurisprudência desta Corte. Desprovimento do recurso."
> (TJRJ, AI nº 0002637-89.2018.8.19.0000, 16ª Câm. Cível, Rel. Des. Carlos José Martins Gomes)

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
8559
Carimbado Eletronicamente

Como se verifica, o entendimento aplicado pelo C. TJ/RJ certamente se aplica ao presente caso, eis que os efeitos da submissão das Recuperandas ao "Sistema Especial de Controle, Fiscalização e Pagamento do ICMS" e da ameaça de suspensão da emissão de notas fiscais são exatamente os mesmos da suspensão da inscrição estadual, já afastada pelo C. Tribunal.

Não resta dúvidas, portanto, de que a medida ora discutida vai na contramão dos esforços feitos por todas as partes envolvidas na Recuperação Judicial, a saber, Administradora Judicial, trabalhadores, fornecedores e credores, notadamente dos credores trabalhistas e quirografários que aceitaram receber seus créditos parceladamente, alguns com deságio, em prol da manutenção da atividade produtiva e, portanto, da viabilidade do recebimento dos créditos

Sobre os regimes especiais de recolhimento do ICMS, o E. Supremo Tribunal Federal ("STF") já se pronunciou no sentido de que tal procedimento representa clara sanção política e, por essa razão, mostra-se inconstitucional. Tal entendimento está plasmado nas Súmulas nº 70, 323 e 547 da Suprema Corte:

> "Súmula nº 70 - É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo"
>
> "Súmula nº 323 - É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos."
>
> "Súmula nº 547 - Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais."

Ademais, resta claro que os regimes especiais de recolhimento do ICMS configuram *"forma oblíqua de cobrança de tributos",* como assenta o Ministro Marco Aurélio na ementa abaixo transcrita:

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
8560
Carimbado Eletronicamente

> "TRIBUTO – **FISCALIZAÇÃO – REGIME ESPECIAL** – "SANÇÃO POLÍTICA" – INSUBSISTÊNCIA. **Surge conflitante com a Carta da República legislação estadual por meio da qual são impostas restrições ao exercício da atividade econômica ou profissional do contribuinte, quando este se encontra em débito para com o fisco, caracterizada forma oblíqua de cobrança de tributos** – Verbetes nº 70, 323 e 547 da Súmula do Supremo. Precedentes: Recursos Extraordinários nº 413.782-8/SC e 565.048/RS, ambos por mim relatados no Pleno, publicados no Diário de Justiça, respectivamente, em 3 de junho de 2005 e 9 de outubro de 2014. AGRAVO - ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé."
> (ARE 936702 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 06-04-2016 PUBLIC 07-04-2016, g.n.)

Ou seja, a imposição de um regime especial e extremamente gravoso às Recuperamdas afronta não só o princípio basilar da recuperação judicial (art. 47 da Lei nº 11.101/05), como também o princípio da livre iniciativa e concorrência, protegido pela Constituição Federal em seus artigos 5º, XIII e 170, *caput* e parágrafo único.

Diante disso, de rigor se mostra, na linha do entendimento já externado por este D. Juízo, a manutenção do afastamento do regime especial imposto pela Portaria SUFIS nº. 481, mormente para fins de manutenção das atividades da empresa e consequente cumprimento do plano de recuperação judicial aprovado pela Assembleia Geral de Credores (nos termos do artigo 45, da Lei 11.10/2005) e homologado por este D. Juízo, para os devidos fins de Direito.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
8561
Carimbado Eletronicamente

II – DOS DOCUMENTOS JUNTADOS ÀS FLS. 6.485/6.487, 6.489/6.481 E 6.523/6.524

Por fim, as Recuperandas manifestam ciência acerca dos documentos de fls. 6.485/6.487, 6.489/6.481 e 6.523/6.524, bem como realizam as seguintes considerações.

No tocante aos ofícios de fls. 6.485/6.487e 6.489/6.481 – de penhora no rosto dos autos -, remetidos pela 1ª Vara do Trabalho de São Gonçalo, as Recuperandas destacam não há previsão legal para o cumprimento de tal determinação, eis que existe no procedimento um concurso de credores, sendo que os pagamentos serão feitos de acordo com o fluxo e forma estabelecidos no plano de recuperação judicial.

Já no que diz respeito às fls. 6.523/6.524, as Recuperandas ressaltam que, não obstante a ordem de reserva de crédito remetida pela Justiça Trabalhista, fato é que a inclusão, ou retificação de quaisquer créditos na recuperação judicial depende, nessa fase processual, de incidente próprio, nos termos do artigo 8º , da Lei 11.101/2005, de maneira que devem ser apresentados os respectivos documentos que comprovem a existência do crédito, para posterior habilitação/retificação e inclusão na forma de pagamento do plano recuperacional.

Assim, devem ser tomadas pelos credores as medidas cabíveis, para fins de recebimento dos créditos acima mencionados.

III - CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto e cumpridas as determinações da r. decisão de fls. 6.579/6.593, as Recuperandas reiteram o quanto já exposto e acolhido no tocante à questão do afastamento do regime especial previsto na Portaria SUFIS nº. 481, **mormente pelo fato de que este D. Juízo já considerou anteriormente todos os pontos trazidos e demonstrados pelas Recuperandas (inclusive com a concordância da Admnistradora Judicial) para proferir a r. decisão de fls. 6493/6495**, bem

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
8562
Carimbado Eletronicamente

como pelo fato de que ***(i)*** tal regime representa verdadeira coação política para pagamento de tributos e afronta a posição pacíifica do STF a respeito do tema; ***(ii)*** viola a preferência legal dos créditos trabalhistas trazida no art. 186 do CTN - cujo pagamento deve ser prioridade das Recuperandas e preferencial ao ICMS -; ***(iii)*** não há programa de parcelamentos específicos para empresas em recuperação judicial, de maneira que mesmo os Decretos mencionados pelo Ministério Público seriam prejudiciais às Recuperandas ante as previsões de aderência estabelecidas, que oneram em muito o caixa das empresas; tudo com o fito de que seja atendido o princípio da preservação da unidade produtiva e para que se permita a total recuperação judicial aqui pleiteada, conforme os ditames do art. 47, da Lei 11.101/2005.

Termos em que,
PP. Deferimento.
São Paulo, 10 de setembro de 2019.

JOSÉ ARNALDO VIANNA CIONE FILHO
OAB/SP 160.976

MATHEUS INÁCIO DE CARVALHO
OAB/SP 248.577