

A. I. Nº - 269136.0006/22-4
AUTUADO - MOINHO CANUELAS S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
AUTUANTE - TEODORO DIAS JÚNIOR
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 05.04.2023

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0030-05/23-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES DE ENTRADA, POR IMPORTAÇÃO. TRIGO EM GRÃOS. A cobrança do ICMS se deu a título de antecipação tributária, nas operações de entradas por importação de Trigo em grãos, recaindo a responsabilidade pelo recolhimento do imposto para a empresa autuada. Essa antecipação do pagamento alcançou a cadeia de circulação do produto, desde a importação do cereal e operações subsequentes com a farinha de trigo, até a saída dos produtos elaborados pelos estabelecimentos industriais de panificação, massas alimentícias, biscoitos e bolachas derivados da farinha de trigo. Na peça defensiva o contribuinte contesta tão somente a multa pecuniária, calculada em 100% do valor do imposto, sustentando a inconstitucionalidade do gravame por violar o princípio do não confisco. Cabível para a situação descrita nos autos a penalidade prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, que comina multa de 60% do valor do imposto não recolhido a título de antecipação tributária. Reenquadramento da multa realizada de ofício. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 30/09/2022 para exigir ICMS no valor principal de R\$ 5.948.326,46, contendo a seguinte imputação fiscal:

Infração 01 – 008.026.001 – Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Em complemento a autoridade acrescentou que: “O contribuinte deixou de recolher o ICMS referente à antecipação Tributária nas entradas de trigo no estabelecimento nos meses de setembro e outubro de 2021, apurado conforme planilhas da empresa e cópia do livro de Apuração do ICMS em anexo. Houve infração dos arts. 332, inc. X, alínea “a” e art. 373, inc. I, em conjunto com o parágrafo 3º, inciso I, do mesmo artigo do RICMS-Ba (Dec. 13.780/12). Todos os Demonstrativos da empresa, cópias do livro de Apuração do ICMS e a planilha de apuração do imposto usada por esta fiscalização constam do Anexo 1”.

Consta ainda da peça de lançamento os seguintes documentos: Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos encaminhados via DTE, Termo de Início de Fiscalização e mídia digital contendo os arquivos da peça de lançamento em formato eletrônico.

Dispositivos considerados infringidos pelo sujeito passivo: art. 10, da Lei nº 7.014/96 c/c a Clausula Primeira e Terceira do Protocolo ICMS 46/2000. Aplicada a multa de 100% sobre o valor do imposto lançado, com enquadramento no art. 42, inc. V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Contribuinte notificado do lançamento através do DTE (Domicílio Tributário Eletrônico), em 05/10/2022, ingressa com defesa administrativa, de forma tempestiva, por meio da peça processual inserida nos autos entre as fls. 24 a 29, firmada por seus advogados devidamente constituídos.

Contesta o contribuinte tão somente o percentual da multa aplicada no Auto de Infração, de 100% do valor do imposto. Sustenta que penalidade nesse patamar ultrapassa o caráter punitivo, passando a exercer o efeito confiscatório, situação que é vedada pelo art. 150, inc. IV da Constituição Federal. Afirmou que o referido conceito está diretamente relacionado com o princípio da capacidade contributiva, ou seja, quem pode mais, paga mais, quem pode menos paga menos.

Acentuou que no caso em exame a empresa se encontra em Recuperação Judicial, situação que tem por objetivo viabilizar a superação de crise financeira, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, inclusive o fisco.

Afirmou que tal condição se mostra suficiente para elidir a multa no patamar de 100% do valor da alegada infração, que culminou no acréscimo de R\$ 5.948.326,46, ao valor imputado pelo fisco. Ante a situação posta, o contribuinte sustenta que penalidade de tal monta irá certamente prejudicar todos que dependem do bom andamento da Recuperação Judicial da empresa autuada, inclusive o fisco.

Sobre o tema da excessividade da multa, transcreveu lições doutrinárias do prof. Sacha Calmon Coelho. Ao fazer referência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade mencionou decisão do STF que ao julgar o repetitivo RE 582.461 reconheceu a constitucionalidade de multas exorbitantes. Na mesma direção, afirmou que o TJ Bahia tem praticado percentuais de multas tributárias inferiores ao cominado pelo fisco, conforme precedentes reproduzidos na peça defensiva.

Por fim, a defesa salientou que os Tribunais Superiores aconselham a realização de um juízo de valor em cada demanda, pois a aplicação de penalidade de 100% em Auto de Infração de dez mil reais, o valor final será vinte mil reais e não cinco milhões, novecentos e quarenta e oito mil, trezentos e vinte e seis reais e quarenta e seis centavos, como é o presente caso. Há que se avaliar, portanto, cada demanda e a situação em que o contribuinte se encontra.

Pugna o contribuinte pela minoração da multa, ante ao seu efeito confiscatório, sendo, para tanto, efetivado o juízo de valoração e razoabilidade da medida.

Protestou, ao final, pela produção de provas suplementares, caso necessárias, colocando-se à disposição para esclarecimentos e juntada de documentos adicionais. Requeru ainda que as intimações relacionadas ao presente Auto de Infração sejam realizadas na pessoa dos representantes legais do contribuinte, no endereço da sede da impugnante.

Documentos anexados à inicial defensiva: Estatuto Social da pessoa jurídica autuada, termo de eleição dos administradores vigente, procuração dos signatários da peça defensiva e cópia reprográfica do Auto de Infração (fls. 63/85).

Informativo fiscal prestado pelo autuante em 30/12/2022, por meio da peça processual juntada ao PAF à fl. 89.

Relata a autoridade fiscal, de início, que o contribuinte tacitamente reconheceu a procedência do Auto de Infração vez que os valores devidos e não recolhidos foram lançados na sua escrita fiscal. O questionamento empresarial se referiu exclusivamente à magnitude da penalidade aplicada, correspondente a 100% do imposto retido e não recolhido. Nos termos do art. 42, inc. V, alínea “a”, norma reproduzida na peça informativa, afirmou que a multa é de 100% do valor do imposto retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido.

Por fim, o autuante destacou que a sua atividade é plenamente vinculada e deve seguir o disposto na legislação tributária, não lhe cabendo fazer outras considerações em torno da situação econômico financeira do contribuinte no momento da aplicação da penalidade relativa ao Auto de Infração em exame.

Concluída a instrução do feito, esta Relatoria, através do despacho inserido à fl. 90, datado de 08/02/2022, encaminhou o PAF à Secretaria do CONSEF visando inclusão na pauta de julgamento.

Apresento na sequência o meu voto.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de uma única imputação fiscal, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

A irresignação empresarial concentra-se exclusivamente no percentual da multa lançada no Auto de Infração, fixada em 100% do valor imposto não recolhido pelo contribuinte nas operações levadas a registro na escrita fiscal. Sustenta a defesa que aplicação de multa nesse patamar possui nítido efeito confiscatório, incorrendo em violação ao art. 150, inc. IV da Constituição Federal, além de dificultar a empresa a dar seguimento ao seu processo de Recuperação Judicial, com prejuízos para todos os credores, inclusive o fisco.

O fundamento exposto pelo sujeito passivo para o abrandamento da penalidade pecuniária, centrado na constitucionalidade da norma legal não pode ser acolhido na instância administrativa. Há vedação expressa nesse sentido, no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, Decreto nº 7.629/99, no art. 167, incisos I e III:

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

I - a declaração de constitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Na mesma diretiva, a Lei Estadual nº 3.956/1981, instituidora do Código Tributário baiano, no art. 125, incisos I e III, “*verbis*”:

Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de constitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Porém, não obstante as vedações acima expressas, vislumbro no caso em exame a possibilidade de redução da penalidade sob outro fundamento de direito, relacionado ao erro de enquadramento do fato tributário pela autoridade fiscal.

De acordo com os Demonstrativos elaborados pela fiscalização e o próprio descriptivo do Auto de Infração, a cobrança do ICMS se deu a título de antecipação tributária, nas operações de entradas por importação de Trigo em grãos, recaindo a responsabilidade pelo recolhimento do imposto para a empresa autuada. Essa antecipação do pagamento alcançou a cadeia de circulação do produto, desde a importação do cereal e operações subsequentes com a farinha de trigo, até a saída dos produtos elaborados pelos estabelecimentos industriais de panificação, massas alimentícias, biscoitos e bolachas derivados da farinha de trigo.

O regime de tributação de trigo em grãos, farinha de trigo e mistura de farinha de trigo, regido pelo Protocolo ICMS 46/2000, norma em se que se fundamentou a autuação em exame, estabelece o pagamento antecipado do imposto englobando diversas etapas de circulação do produto: a importação do cereal; a saída subsequente da farinha resultante da moagem para os estabelecimentos industriais dedicados à fabricação de pães, massas alimentícias, biscoitos e bolachas; e a saídas dos produtos derivados de farinha de trigo elaborados por esses estabelecimentos.

Assim dispõe a Cláusula Primeira da referida norma firmada pelos Estados das regiões Norte e Nordeste:

Cláusula primeira. Os estados signatários acordam em adotar uniformemente em seus respectivos territórios legislação no sentido de padronizar os procedimentos de cobrança do ICMS referente às ACÓRDÃO JJF Nº 0030-05/23-VD

operações com trigo em grão, farinha de trigo e mistura de farinha de trigo, tendo como base a importação do mencionado cereal, da farinha de trigo ou o ingresso das mencionadas mercadorias em seus territórios, alcançando esta cobrança as etapas das operações subsequentes, até a saída dos produtos elaborados pelos estabelecimentos industriais de panificação, massas alimentícias, biscoitos e bolachas derivados da farinha de trigo.

Seguindo esse mesmo itinerário a legislação do ICMS do Estado da Bahia, dispõe no art. 373, incisos I e II, do Regulamento do imposto (Dec. 13.780/12), que

Art. 373. Fica atribuída ao contribuinte que receber, a qualquer título, trigo em grão, farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo que possua, no mínimo, 80% de farinha de trigo em sua composição final, do exterior ou de unidade da Federação não signatária do Prot. ICMS 46/00, a responsabilidade pela antecipação do lançamento do ICMS relativo:

I - às operações subsequentes com as mercadorias supramencionadas;

II - às operações promovidas pelos estabelecimentos industriais de panificação, massas alimentícias, biscoitos e bolachas, com produtos elaborados com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo objeto da antecipação tributária de que cuida o inciso I do caput.

Na peça de lançamento a autoridade fiscal apontou como supedâneo de sua pretensão a penalidade descrita no art. 42, inc. VI, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, que comina multa de 100 % do valor do imposto não recolhido para os casos de retenção e não recolhimento pelo contribuinte de imposto devido por substituição tributária. A multa em questão incide quando o contribuinte se apropria do valor do ICMS retido Nota Fiscal de saída de produto submetido ao regime de substituição tributária, a denominada “apropriação indébita”

Porém, o caso em exame é distinto. Envolve falta de antecipação e pagamento do ICMS nas entradas de trigo importado do exterior, alcançando a antecipação tributária as etapas subsequentes de circulação até as saídas dos produtos resultantes da industrialização da farinha de trigo.

Cabível para essa situação a penalidade prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, que comina multa de 60% do valor do imposto não recolhido para os casos de não pagamento pelo contribuinte de imposto devido a título de antecipação tributária. E de fato, esta é a correta imputação aplicável ao caso em exame.

Ante ao acima exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração, pois cabível o reenquadramento da multa lançada na **Infração 01**, reduzida de 100% para 60%. Em decorrência, dou provimento parcial ao pleito defensivo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269136.0006/22-4, lavrado contra **MOINHO CANUELAS S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 5.948.326,46**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos demais consectários legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de março de 2023.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR