

A. I. Nº - 299131.0060/10-0
AUTUADO - NATULAB LABORATÓRIO S.A.
AUTUANTE - LUIZ MORAES DE ALMEIDA JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 13/06/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0125-03/11

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. VENDAS PARA CONTRIBUINTES NESTE ESTADO. **a)** FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Infrações comprovadas. 2. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO ESCRITURADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DE ICMS. PERDA DO BENEFÍCIO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. A falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo, implica na perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada. Infração comprovada. Arguições de nulidade rejeitadas. Indeferido, de plano, o pedido genérico e não quesitado para a realização de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 03/11/2010 para exigir ICMS no valor de R\$2.984.595,07 em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01. Falta de retenção do ICMS e do conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Período de janeiro/2007 a dezembro/2008. Demonstrativo às fls. 10 a 44. ICMS no valor de R\$87.962,33, acrescido da multa de 60%.

Infração 02. Falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Período de janeiro a julho/2009. Demonstrativo às fls. 47 a 55. ICMS no valor de R\$30.958,94, acrescido da multa de 150%.

Infração 03. Recolhimento a menos do ICMS em razão da falta de pagamento, na data regulamentar, da parcela não sujeita à dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE. Consta na descrição dos fatos que a empresa, tendo o benefício do Programa DESENVOLVE, deve efetuar o recolhimento do ICMS até o dia 09 do mês subseqüente para fazer jus ao desconto acordado e que, ao contrário do que determina o artigo 18 do Decreto nº 8.205/2002 (aprova o Regulamento do Programa DESENVOLVE), não efetuou o pagamento no prazo regulamentar. Exercício de 2007 – meses de janeiro a dezembro; exercício de 2008 – meses de janeiro a maio, julho e novembro; exercício de 2009 – meses de janeiro a dezembro. Demonstrativo à fl. 57. ICMS no valor de R\$2.865.673,80, acrescido da multa de 60%.

O autuante acosta, à fl. 61, cópia de Parecer intermediário datado de 15/09/2010, relativo a decisão administrativa no Processo nº 450365/2010-9, iniciado pelo sujeito passivo, referente à autorização para retificação de código de receita 2167 para código 0806 em Documentos de Arrecadação

Estadual – DAEs em relação “aos meses 05, 06, 09, 10 e 11”; às fls. 67 e 68, Resolução nº 81/2003 habilitando o sujeito passivo aos benefícios do Programa DESENVOLVE. Às fls. 87 a 126, cópia do livro Registro de Apuração do sujeito passivo, referente aos exercícios de 2007 a 2009.

Às fls. 128 a 154 o autuado, por intermédio de advogado com procuração à fl. 155, ingressa com impugnação ao lançamento de ofício inicialmente reproduzindo as imputações e, em seguida, aduzindo que o Auto de Infração conteria irregularidades insanáveis.

Afirma que a ação fiscal teve início em 01/07/2010, e teria sido finalizada em 09/11/2010 mediante a intimação dele, autuado, para responder aos termos da exação. Que assim teria durado quatro meses e uma semana, situação que teria ferido o disposto no artigo 28, §1º, do RPAF/99, que copia. Que “ultrapassado o prazo de 90 (noventa dias) para a conclusão do procedimento fiscal, volta o contribuinte automaticamente a ser espontâneo em eventual denúncia que venha a formular em relação aos tributos objeto do auto de infração.” Aduz que se mantida a autuação deverá ser considerada a situação como se a denúncia espontânea houvesse sido feita, afastando da presente autuação, em relação a todas as três infrações, a aplicação da multa, correção e acréscimos moratórios, nas formas da lei, o que de plano requer.

O contribuinte passa a pronunciar-se quanto ao mérito das imputações 01 e 02.

Afirma que no levantamento fiscal não teriam sido considerados os impostos recolhidos na qualidade de substituto tributário dos anos de 2007 e 2008, conforme descrito em tabelas que elabora à fl. 133 dos autos, em sua impugnação. Diz que aplica-se a estas imputações o quanto disposto em sua impugnação sobre a incidência de multa, juros e demais acréscimos, porque foram aplicadas multas correspondentes a percentuais que considera absurdos de 60% na primeira imputação e de 150% na segunda.

O sujeito passivo passa a pronunciar-se sobre a imputação 03. Diz ser a mesma ilegal, imoral e nula. Diz que a autuação seria ilegal porque estaria em seara fora da competência do autuante porque a Lei nº 7980/2001, que institui o Programa DESENVOLVE, não autorizaria a ação adotada pelo Auditor Fiscal autuante. Cita e copia o artigo 9º da mencionada Lei, que trata do cancelamento do benefício e diz que a empresa teria sido dele excluída. Tece considerações a respeito. Aduz que a situação não se enquadra nos incisos deste artigo 9º porque não houve crime contra a ordem tributária, e nem inobservância das exigências para a habilitação do estabelecimento ao Programa, durante o período.

Cita e copia o artigo 97 do Código Tributário Nacional – CTN, que versa sobre a necessidade de existência de lei prévia à cominação de penalidades. Afirma que a Lei nº 7890/2001 não traz em seu rol de penalidades a suspensão do gozo do benefício em caso de atraso no pagamento das parcelas normais, pelo que não haveria que se falar disto na presente autuação, por impossibilidade jurídica. Que também não haveria que se falar na aplicação do artigo 18 do Decreto nº 8205/2002 porque esta norma, de natureza infralegal, estaria inovando em matéria de penalidade não constante da Lei.

Discorre acerca de princípio da legalidade, ordenamento jurídico, hierarquia das normas, poder-dever do Estado. Cita a Constituição da República e juristas. Fala sobre as atribuições deste contencioso administrativo tributário e direito de ampla defesa. Diz que a este contencioso, no exercício de seu dever, cabe também assegurar, para o contribuinte, a observância dos preceitos constitucionais.

Ressalta que busca, com seus argumentos, não a declaração de inconstitucionalidade, e sim a aplicabilidade da Constituição da República em detrimento da norma inconstitucional. Que o que parece ser igual (declaração de inconstitucionalidade X aplicação da Constituição em detrimento da lei inferior) guarda diferença que autoriza os julgadores administrativos a aplicarem a norma constitucional que garante ao contribuinte o direito de não ser suspenso do benefício DESENVOLVE, assegurando o seu exercício da ampla defesa. Cita juristas.

Requer a aplicação da Constituição da República em detrimento das normas ou dispositivos de normas que lhe sejam contrárias, como assevera que seria o caso de parcela do artigo 18 do Decreto do DESENVOLVE, e correlatos, que inovam em matéria legal, o que aduz que fere a garantia constitucional do princípio da legalidade em matéria tributária.

Frisa que o §2º do artigo 19 do Decreto nº 8205/2002, determina que “o cancelamento a que se reporta este artigo dar-se-á por Resolução do Conselho Deliberativo com fundamento em parecer da Secretaria Executiva.” E que o autuante teria usurpado competência exclusiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE porque teria cancelado, por determinado período, o benefício DESENVOLVE dele, autuado.

Discorre sobre o Programa DESENVOLVE e seu objetivo. Copia artigos da Lei que o institui e cláusulas do “protocolo de intenções” que ele, autuado, assinou com este Estado. Fala que há contrapartida entre os benefícios concedidos e os compromissos assumidos por ele, sujeito passivo, e descreve ganhos que a empresa teria gerado para a Bahia.

Afirma que a legislação fiscal baiana prevê que no caso de atraso no cumprimento de determinada obrigação principal fica o contribuinte sujeito às penalidades cabíveis como multa, juros e acréscimos moratórios, até a data do seu efetivo cumprimento. Que no caso dos autos o que ocorreu não foi mais do que o atraso no recolhimento de parcelas de tributos submetidos a um regime especial de recolhimento e diferimento, em prazo médio de aproximadamente vinte e três dias, onde a empresa sujeitou-se às imposições legais, recolhendo as parcelas em atraso acompanhadas de seus acréscimos. Que o pagamento com acréscimos legais é que se afiguraria como a forma legal de punição para o atraso no recolhimento das obrigações tributárias assumidas por ele, autuado, e que foram cumpridas com atraso única e exclusivamente por uma falha na contabilidade externa até então mantida pela empresa.

Que não teria havido má-fé e nem prejuízo ao erário porque as parcelas pagas com atraso foram acrescidas das imputações legais pertinentes. Afirma que prova maior de sua boa-fé foi o fato de ter solicitado o REDAE espontaneamente, justificado pelo erro material no preenchimento dos códigos dos DAES, tão logo constatou tal equívoco, fazendo o pagamento do quanto devido através do benefício que lhe cabe da denúncia espontânea, o que fora oportunamente chancelado pela autoridade fazendária local. Afirma que as cópias dos documentos pertinentes a esta operação fazem parte dos documentos que anexa à sua impugnação. Que reconheceu os erros e recolheu o quanto devido antes de ação fiscal. Cita jurisprudência e discorre sobre correção de erro material.

Diz que o Fisco teria desconsiderado o total de vinte e quatro DAES referentes a recolhimentos efetivados no período entre janeiro/2007 e maio/2009, que totalizam R\$327.352,30, conforme assevera que comprovaria a planilha que apresentada em anexo, intitulada “Planilha de Cálculo de ICMS Normal (0806) Recolhido Fora do Prazo com Perda do Benefício DESENVOLVE”, que afirma que tem pagamentos não considerados, ali hachurados, e que deveriam ser deduzidos do Auto de Infração. Diz que por diversos meses teria feito pagamento de imposto a mais do que o devido, gerando-lhe um direito de crédito correspondente a R\$1.955,89, que aduz que deveria ser ao final deduzido de eventual montante devido.

Diz que o Fisco o descredenciou do Programa DESENVOLVE e ainda lhe aplicou uma multa de 60%. Que isto seria *bis in idem* de penalidades. Cita tabela à fl. 648 dos autos. Aduz que houve confisco, cita a Constituição da República, repete argumentos já esposados na impugnação, diz que a situação deveria ser submetida ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.

Repete as alegações acerca das multa aplicadas e discorre acerca de juros de mora. Cita a Constituição da República, juristas e jurisprudência sobre o assunto.

Conclui pedindo o julgamento pela nulidade, o arquivamento do processo, e sucessivamente o julgamento pela improcedência. Pede que, ocorrendo a pior das hipóteses, seja reduzido o débito, bem como os juros, acréscimos e multa aplicada, nos termos de sua impugnação. Pede que os

autos sejam enviados ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE para que este se manifeste sobre “o tema objeto da presente infração”. Protesta pela produção de provas por todos os meios em Direito admitidos, durante a instrução, indicando, de logo, “a juntada posterior de documentos, inclusive em contra-prova, pericial, testemunhal tudo, ex-vi do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.”

O contribuinte acosta documentos às fls. 156 a 310.

O autuante presta informação fiscal às fls. 314 a 318, aduzindo que a ação fiscal relativa ao Auto de infração foi prorrogado, a pedido do Sr. Roger Viana, diretor administrativo da NATULAB, que fora disto cientificado verbalmente. Afirma que Sr. Roger esteve no dia 08/10/2010 na Inspetoria de Santo Antônio de Jesus acompanhado de advogado da empresa, Sr. Walter Ney, e reuniram-se com o Inspetor Jossimar. Que então o Sr. Roger pediu que, em virtude do valor expressivo do Auto de Infração, o Fisco não o registrasse de imediato, pois o contribuinte alegava necessitar de um prazo de 15 a 20 dias porque iria marcar reunião com o Secretário de Indústria e Comércio do Estado e também reunião com o Diretor da DAT Norte, buscando entendimentos no intuito de reverter a cobrança relativo ao valor DESENVOLVE, nesta mesma conversa tendo admitido o contribuinte, inclusive, a culpa pelas outras infrações. Que o Inspetor da INFAP Santo Antônio de Jesus conversou com Diretor da DAT Norte, Sr. Ariosvaldo, sobre a situação, e ficou entendido que aguardássemos o resultado da conversa que o autuado teria com o alto escalão do Estado. Que, dias depois do prazo combinado, não havendo qualquer mudança de ordem superior e confiando na lisura de todo o levantamento que ensejou as imputações do Auto de Infração, no dia 03/11/2010 este foi lavrado, o qual só foi assinado pelo Sr. Roger Viana dia 09/11/2010. Que diante dos fatos relatados e como prevê o RPAF/99 em seu artigo 28, parágrafo 1º, a prorrogação do prazo para a lavratura do Auto de Infração não trouxe qualquer dano ao autuado, uma vez que, no período de um mês e uma semana que ultrapassou o prazo da ordem de serviço, ele não efetuou qualquer recolhimento ou pleiteou denúncia espontânea relativo às infrações elencadas no Auto de Infração. O preposto do Fisco aduz que é inócuo o pedido de nulidade do Auto de Infração por este motivo, porque não se configurou dano nem cerceamento à liberdade do autuado no sentido de buscar o seu direito, uma vez que o autuado não o requereu.

O preposto do Fisco passa a pronunciar-se quanto às Infrações 01 e 02 informando que o contribuinte, por ser laboratório farmacêutico, está sujeito ao regime de substituição tributária quando das operações de saída de mercadorias, conforme Convênio ICMS nº 76/94, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos. Copia a sua cláusula primeira. Relata que o autuado alega, em defesa, que não teriam considerados, no levantamento fiscal, os impostos recolhidos na qualidade de substituto tributário, e relaciona em tabela algumas GNREs que totalizam em 2007 o valor R\$2.200,77 e em 2008 o de R\$ 5.055,84. Mas que todas essas GNREs elencadas pelo autuado foram recolhidas em favor da empresa “Medsil Coml. Farma. e Hosp. Ltda.”, empresa que não objeto da presente ação fiscal. Que o autuado quer confundir os julgadores quando apresenta esses recolhimentos quando, na verdade, o universo do ICMS que ele como substituto tributário eximiu de recolher aos cofres públicos é muito maior, conforme a autuação em lide.

O Auditor Fiscal aduz que, assim sendo, mantém integralmente as infrações 01 e 02.

Que quanto à Infração 01 o contribuinte, no período de janeiro/2007 a dezembro/2008, não reteve, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o ICMS devido quando da venda dos produtos, o que ensejou a aplicação da multa conforme previsto no artigo 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº. 7.014/96, às fls. 19 a 46 dos autos. Que o mesmo fato do não recolhimento de imposto se aplica quanto à infração 02, que no caso é mais grave, uma vez que o contribuinte reteve o imposto de seus clientes no momento da venda, mas não efetuou o repasse desse imposto ao Estado. Que neste caso, em virtude da maior gravidade da infração, aplicou-se a multa que determina o artigo 42, inciso V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, às fls. 47 a 56 dos autos.

O autuante aduz que o sujeito passivo descumpriu o artigo 353, inciso II, item 13, do RICMS/BA, deixando de efetuar o conseqüente recolhimento como sujeito passivo por substituição, conforme artigo 61, inciso I, parágrafo 2º, conforme dados do livro Registro de Saídas do período de janeiro a julho/2009.

O autuante passa a pronunciar-se sobre a infração 03. Diz que esta é relativa a cobrança da diferença do ICMS normal em face do recolhimento fora do prazo, perdendo, o autuado, o benefício da redução do programam DESENVOLVE.

Esclarece que foi aplicado tão somente o que determina o Decreto 8.205/02, do Programa Desenvolve, que em seu Capítulo V, que trata dos Deveres e Sanções, traz o artigo 18, que copia. Informa que a Lei do Desenvolve, em seu artigo 4º, descreve que o recolhimento do ICMS pelo beneficiário do DESENVOLVE obedecerá às normas vigentes na legislação do imposto.

Que, portanto, cabe à legislação do ICMS normatizar o Programa Desenvolve no que diz respeito ao ICMS, bem como sua observância de forma geral e, particularmente, quanto ao recolhimento do imposto e suas implicações. Ressalta que a Lei 7.014/96, do ICMS, ampara a ação fiscal uma vez que tipifica em seu artigo 42, inciso II, alínea “f”, a multa para tal infração.

O autuante informa que na construção da planilha de cálculo foram considerados todos os pagamentos efetuados pelo contribuinte no período reclamado, ou seja, acrescentados os valores do parcelamento feito através de denúncia espontânea, conforme coluna 10 da mencionada planilha, à fl. 57 dos autos.

Que, sobre isto, informa que o contribuinte iniciou o pagamento do parcelamento do débito relativo à denúncia em 31/05/2010, e esses pagamentos referem-se aos meses de competência de maio/2009 a janeiro/2010, portanto o pagamento do débito denunciado foi iniciado praticamente um ano depois do vencimento das parcelas. Ressalta que o parcelamento pedido pelo contribuinte, mesmo um ano depois de vencidas as datas de recolhimento, realizado utilizando os valores de imposto com desconto de 80% do Programa DESENVOLVE, ferindo profundamente o espírito do Programa que prevê desconto apenas para aqueles que pagarem pontualmente o imposto.

Acrescenta também que o contribuinte pediu, via processo, que os valores por ele recolhidos com código de receita indevido tivessem o código de receita incorreto alterado para o código de receita 0806. Que este pedido foi aceito e que todos esses itens estão destacados no cálculo que se encontra na coluna 11 da planilha à fl. 57 dos autos, com cópia do referido processo à fl. 64.

O autuante informa que o sujeito alega que não teriam sido considerados 24 DAEs de recolhimentos relativos ao período de janeiro/2007 a maio/2009, mas que tais documentos, com código de receita 2167 - ICMS Programa Desenvolve- referem-se à liquidação antecipada da parcela incentivada, e não ao pagamento do ICMS do regime normal de apuração. Que, assim, estes são pagamentos que visam, tão somente, à liquidação antecipada de parte da parcela do imposto, que é incentivada, e cujo prazo tenha sido dilatado.

Que, assim, esses pagamentos dizem respeito à liquidação antecipada da parcela incentivada, e não ao recolhimento do ICMS do regime normal, sob código 0806, o qual o contribuinte deve recolher na data prevista para usufruir do benefício da redução do imposto de 80%.

O autuante conclui mantendo a ação fiscal integralmente.

Na assentada o julgamento o autuante, em sustentação oral, explicando a sistemática do recolhimento de imposto relativamente ao Programa DESENVOLVE, manteve em todos os termos a ação fiscal. Informou que houve prorrogação do prazo para a conclusão da ação fiscal a pedido do contribuinte, conforme exposto em sua informação fiscal, e que o contribuinte não realizou denúncia espontânea relativa aos débitos lançados no Auto de Infração antes, nem depois de iniciada a ação fiscal. Asseverou que todos os recolhimentos que o contribuinte efetivamente realizou, relativamente à parcela não sujeita à dilação de prazo, foram devidamente considerados

na apuração do seu débito tributário no levantamento fiscal, conforme demonstrado na planilha à fl. 57 dos autos.

VOTO

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99. Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, e que não se constitui em cerceamento de defesa a observância de dispositivo normativo em vigor.

Arguições de nulidade rejeitadas.

Também preliminarmente observo que o contribuinte, descumprindo o quanto previsto no artigo 145 do RPAF/99, ao pedir a realização de perícia não formula quesitos a serem respondidos. Assinalo, ainda, que a realização da mencionada perícia é desnecessária em razão de que os documentos constante nestes autos são suficientes para a formação de meu convencimento, considerando, inclusive, que a apuração dos valores lançados de ofício deu-se a partir dos dados da documentação exibida ao Fisco pelo sujeito passivo, conforme abordarei mais detalhadamente na análise de mérito. Pedido de perícia indeferido nos termos dos artigos 145, parágrafo único, e 147, inciso II, alínea “a”, ambos do RPAF/99.

Quanto à produção de prova testemunhal, no RPAF/99 inexistente previsão para tanto, motivo pelo qual fica indeferido este pedido.

Em relação às demais provas documentais, na busca da verdade material o sujeito passivo tem o direito de apresentá-las administrativa e judicialmente, nos prazos legalmente previstos.

No quanto pertinente ao prazo para conclusão da ação fiscal, de fato o procedimento de fiscalização inicia-se conforme previsto no artigo 26 do RPAF/99, e deve ser concluído no prazo de noventa dias mencionado no §1º o artigo 28 do RPAF/99:

RPAF/99:

art. 28.

§ 1º. O procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso.

O procedimento fiscal foi encerrado com a lavratura do Termo de Encerramento/Auto de Infração em 03/11/2010, e não quando cientificado o contribuinte desta lavratura. O RPAF/99 não determina que, extrapolado este prazo de noventa dias, se torne sem efeito o levantamento fiscal realizado, nem prevê obstáculo ao prosseguimento da tramitação regular do procedimento administrativo, nem de processo administrativo fiscal, no sentido da cobrança de débito lançado de ofício. Apenas prevê que, se o contribuinte fizer a denúncia espontânea, este ato deverá ser considerado regularmente.

Assim, extrapolado o prazo de noventa dias para o encerramento da ação fiscal poderia, o contribuinte, ter denunciado espontaneamente o débito lançado de ofício, caso o reconhecesse como devido. Na verdade o contribuinte expressamente pede, em sua impugnação, que se a autuação ora em lide for mantida por este contencioso administrativo, o débito lançado, sem correção, multas e acréscimos moratórios, seja considerado como se fora já objeto de denúncia espontânea nos termos

que requer na peça impugnatória. Ou seja, uma espécie de denúncia condicionada aos termos propostos pelo sujeito passivo quando de sua impugnação ao lançamento.

Porém a denúncia espontânea de débito tributário tem rito próprio até o momento desta sessão de julgamento não observado pelo sujeito passivo, e este rito está previsto no artigo 95, e seguintes, do RPAF/99. Assinalo, por oportuno, que caso o contribuinte houvesse efetuado a denúncia espontânea do débito reconhecido, esta denúncia teria validade. Porém, como o contribuinte não realizou a regular denúncia espontânea do débito lançado, não pode pleitear esta situação, inexistente, em seu favor. Assim está rejeitado o pedido de que, em caso de procedência da autuação, o débito lançado seja, então, considerado como se fora objeto de denúncia espontânea no momento da impugnação ao lançamento de ofício, por inexistir previsão normativa para que possa vir a ser acatado tal pedido.

Passo à análise de mérito da autuação.

O Auto de Infração trata das três imputações descritas no Relatório que antecede este voto.

A Infração 01 trata de falta de retenção do ICMS no valor de R\$87.962,33, acrescido da multa de 60%, e do conseqüente recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no período de janeiro/2007 a dezembro/2008. O demonstrativo do levantamento fiscal está acostados às fls. 10 a 44.

A Infração 02 trata de falta de recolhimento do ICMS retido no valor de R\$30.958,94, acrescido da multa de 150%, não recolhido pelo contribuinte na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado no período de janeiro a julho/2009. O demonstrativo do levantamento fiscal está acostado às fls. 47 a 55.

O contribuinte defende-se de forma conjunta em relação a estas duas imputações alegando, no mérito, que no levantamento fiscal não teriam sido considerados os impostos recolhidos na qualidade de substituto tributário dos anos de 2007 e 2008, conforme descrito em tabelas que elabora à fl. 133 dos autos, mas não comprova este fato. O preposto fiscal, contudo, assinala que os recolhimentos aos quais se refere o contribuinte foram realizados em nome de outra empresa, que identifica como “Medsil Coml. Farma. E Hosp. Ltda.”. Portanto, o contribuinte não comprova, nos autos, erro no levantamento fiscal realizado, e não contesta, também, a sua obrigação de recolhimento do tributo, apenas afirmando que já teria providenciado parte destes pagamentos nos valores de R\$2.200,77 para o exercício de 2007, e de R\$5.055,84 para o exercício de 2008, conforme expõe nas mencionadas tabelas que traz em sua impugnação.

Quanto às multas indicadas no Auto de Infração para estas duas imputações, estas encontram previsão no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, pelo que está correto o lançamento de ofício. Infrações 01 e 02 procedentes.

A Infração 03 refere-se a recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$2.865.673,80, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de pagamento, na data regulamentar, da parcela não sujeita à dilação de prazo perdendo, o contribuinte, o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE e constando, na descrição dos fatos, que a empresa, tendo o benefício do Programa DESENVOLVE, deve efetuar o recolhimento do ICMS até o dia 09 do mês subseqüente para fazer jus ao desconto acordado e que, ao contrário do que determina o artigo 18 do Decreto nº 8.205/2002 (aprova o Regulamento do Programa DESENVOLVE), não efetuou o pagamento no prazo regulamentar. Exercício de 2007 – meses de janeiro a dezembro; exercício de 2008 – meses de janeiro a maio, julho e novembro; exercício de 2009 – meses de janeiro a dezembro. Demonstrativo à fl. 57.

Conforme minuciosamente já exposto no Relatório que antecede este voto, o contribuinte defende-se, em relação à imputação 03, argüindo que houve contrapartida para o Estado ao conceder-lhe o benefício, fala também sobre inconstitucionalidade, desenquadramento por

autoridade incompetente, falta de cômputo de valores já pagos e aplicação de multa confiscatória.

Quanto à contrapartida para o Estado ao conceder benefício fiscal a contribuinte do ICMS, este tema não é da competência deste contencioso administrativo quando do julgamento da presente lide, motivo pelo qual não o aprecio.

Em relação à inconstitucionalidade argüida pelo sujeito passivo, no que tange ao Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002, embora não caiba a este contencioso a apreciação de legalidade, e de constitucionalidade, de ato normativo em vigor, esclareço que o Programa DESENVOLVE, nos termos da Lei nº 7.980 de 12 de dezembro de 2001, cujo Regulamento foi aprovado pelo Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002, tem por objetivos de longo prazo complementar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado da Bahia. Prevê a Lei nº 7.980 de 12 de dezembro de 2001:

Lei nº 7.980/01:

art. 2º. Fica o Poder Executivo autorizado a conceder, em função do potencial de contribuição do projeto para o desenvolvimento econômico e social do Estado, os seguintes incentivos:

I - dilação do prazo de pagamento de até 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS normal, limitada a 72 (setenta e dois) meses;

II - diferimento do lançamento e pagamento do Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) devido.

(...)

art. 5º. O estabelecimento enquadrado no Programa deverá observar os seguintes procedimentos, para fins de apuração e recolhimento do ICMS devido:

I - o valor do ICMS apurado, deduzido o valor do imposto incentivado, será declarado e recolhido na forma e prazos regulamentares;

(...)

art. 8º. O Regulamento estabelecerá, observadas as diretrizes do Plano Plurianual, critérios e condições para enquadramento no Programa e fruição de seus benefícios, com base em ponderação dos seguintes indicadores:

(...)

(grifos nossos)

Assim, a Lei nº 7.980/01 determina que exista um Regulamento e que este Regulamento estabelecerá critérios e condições para enquadramento no Programa DESENVOLVE. Portanto, o poder de obrigar, do Regulamento, promana da Lei que o prevê. Este Regulamento foi aprovado pelo Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002. Por conseguinte, é correta a aplicação do quanto disposto neste Regulamento, e não procedem as alegações quando à não aplicabilidade desta norma infralegal inclusive na presente lide.

Conforme visto no inciso II do artigo da mencionada Lei nº 7.980/01, o benefício de dilação do prazo refere-se ao ICMS devido no regime normal de apuração do imposto, mas atinge apenas parte percentual deste débito. E, conforme inciso I do artigo 5º da mesma Lei, o valor do ICMS apurado, deduzido o valor do imposto incentivado, deve ser declarado e recolhido pelo contribuinte na forma e nos prazos regulamentares.

Assinalo que a imputação 03 diz respeito, portanto, não à parcela de ICMS que foi objeto do benefício de dilação de prazo de recolhimento, e sim à parcela dita “não incentivada”, ou seja, que obrigatoriamente deveria ter sido recolhida na data de vencimento do imposto devido no regime normal de apuração. Assim, assiste razão ao Fisco ao não considerar, no levantamento

fiscal realizado, os valores de imposto que dizem respeito à liquidação antecipada da parcela incentivada, e não procedem as alegações defensivas em contrário.

Quanto aos demais recolhimentos que foram objeto do parcelamento mencionado pelo contribuinte, estes foram devidamente considerados pelo Fisco, conforme comprovado no demonstrativo de fl. 57 dos autos, e não assiste razão ao contribuinte quando afirma o oposto.

Porém o contribuinte também alega que teria sido desenquadrado do Programa DESENVOLVE por ato do Auditor Fiscal autuante, na presente ação fiscal. Assinalo que se o autuante houvesse procedido a tal desenquadramento, de fato teria havido invasão de competência do Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE. Contudo, compulsando os autos verifico que este desenquadramento não ocorreu quando da realização do procedimento fiscal em análise, conforme exporei a seguir.

Consoante já exposto, a Lei do DESENVOLVE previu a criação do Regulamento do DESENVOLVE e este Regulamento, aprovado pelo Decreto nº 8.205/02, em redação com efeitos no período dos fatos geradores de ICMS objeto da ação fiscal, prevê:

Regulamento do DESENVOLVE:

art. 4º O recolhimento do ICMS pelo beneficiário do DESENVOLVE obedecerá às normas vigentes na legislação do imposto.

Parágrafo único. As parcelas do imposto cujo prazo tenha sido dilatado serão recolhidas até o dia 20 do mês de vencimento.

art. 5º O contribuinte que usufruir dos incentivos do DESENVOLVE informará mensalmente à Secretaria da Fazenda o valor de cada parcela mensal cujo prazo de pagamento tenha sido dilatado, valendo a informação como confissão do débito.

(...)

art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.

Do texto normativo transcrito, vê-se que o artigo 18 do mencionado Regulamento dispõe, e dispunha à época dos fatos geradores do imposto lançado de ofício, que “a empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.”

O contribuinte nada traz que elida a imputação. Ao contrário, confessa, nos autos, que houve recolhimentos em atraso. Portanto, perdido o prazo de recolhimento, o contribuinte não tem mais o direito ao benefício em relação aos débitos mensais pagos com atraso.

Ademais, tratando-se de concessão de benefício fiscal, a dilação de prazo, tal como a isenção de impostos, como norma de exceção, no plano da incidência do tributo, deve ter seus dispositivos legais literalmente interpretados, devendo o aplicador da norma restringir-se ao que se encontra previamente previsto na legislação tributária. Importante observar ainda que o artigo 4º do Regulamento do DESENVOLVE estabelece que o recolhimento do ICMS pelo beneficiário do Desenvolve obedecerá às normas vigentes na legislação do imposto.

Contudo, independentemente do fato de o contribuinte estar habilitado no Programa DESENVOLVE, ressalto que o que está sendo exigido neste Auto de Infração é o imposto não recolhido tempestivamente, uma vez que o autuado perdeu o benefício da dilação do prazo de pagamento em relação aos meses objeto da imputação, em razão do atraso no recolhimento da parcela de ICMS do percentual sobre o débito de imposto não incentivado.

Pelo exposto, entendo que a infração deve ser mantida de forma integral. Infração 03 mantida.

As multas indicadas no Auto de Infração estão previstas no artigo 42, inciso II, alíneas “e” e “f”, e inciso V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e foram corretamente indicadas no Auto de Infração.

Quanto ao pedido de envio do presente processo ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, uma vez que já está constatado, conforme documentos dos autos deste processo, que não se trata de desenquadramento do contribuinte daquela Programa, inexistente previsão normativa para o atendimento de tal pedido, pelo que está o mesmo rejeitado.

Por tudo quanto 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 **299131.0060/10-0**, lavrado contra **NATULAB LABORATÓRIO S.A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.984.595,07** acrescido das multas de 60% sobre R\$2.953.636,13 e de 150% sobre R\$30.958,94, previstas no artigo 42, incisos II, alíneas “e” e “f”, e V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de maio de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR