

A. I. N° - 279127.0001/06-8
AUTUADO - INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A - ILPISA
AUTUANTES - FLAVIO JOSÉ DANTAS DA SILVA, KÁTIA MARIA DACACH MACHADO
FRÁGUAS, WILSON FERREIRA DE OLIVEIRA JÚNIOR e AFONSO CUNHA
DE CARVALHO
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
INTERNET - 28/09/2006

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0273-05/06

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. **a)** ESTORNO DE DÉBITO. **a.1)** BONIFICAÇÕES. A legislação tributária estabelece que a bonificação integra o objeto da venda, tratando-se de desconto condicional, não podendo ser abatida da base de cálculo do ICMS devido na operação. Infração subsistente; **a.2)** BENEFÍCIOS FISCAIS. PROGRAMA DESENVOLVE. Os atrasos constantes e sistemáticos do pagamento do ICMS retiram o direito do contribuinte ao benefício no mês da inadimplência. Infração caracterizada. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO PRESUMIDO. Nas aquisições de leite in natura do produtor rural a utilização do crédito presumido, dentro do percentual estabelecido na legislação estadual, está condicionado ao repasse para o produtor com destaque no documento fiscal. Infração confirmada; Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/03/2006, exige ICMS no valor de R\$1.581.653,10, acrescido da multa de 60%, imputando ao autuado as seguintes irregularidades:

1. “Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Estornou indevidamente o icms debitado a título de bonificações”. – R\$7.872,42;
2. “Utilização indevida de crédito fiscal referente às aquisições de leite in natura do produtor rural. O contribuinte utilizou-se de crédito presumido indevidamente, infringindo o art. 93, inciso XI, e no anexo 98 do RICMS vigente. O contribuinte não observou, inclusive que tais créditos só seriam possíveis a partir de 04/2004, e desde que obedecidas as formalidades legais (repasse para o produtor com destaque no documento fiscal)”. – R\$1.290.243,53;
3. “Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Utilização indevida de crédito fiscal no programa DESENVOLVE, Dec 8.205/02, com ICMS a recolher, gerado após o estorno do crédito. Os estornos são em decorrência da falta de pagamento do ICMS devido, infringindo assim, o art. 18 do DEC 8205/02”. – R\$ 283.537,15.

O autuado apresenta impugnação, inicialmente contestando a infração 1, sob alegação de que a autuação contraria o art. 155, II, da C.F. Diz que não deve ser incluída na base de cálculo do ICMS as bonificações concedidas entendendo que se tratam de descontos incondicionais. Em sua peça defensiva procura demonstrar que o texto da Constituição Federal define que a base de cálculo deve representar o tributo valorativo da operação de circulação de mercadorias, ou seja, o valor real das mercadorias postas em circulação. Diante dessa argumentação, entende que as

mercadorias em bonificação caracterizam descontos não condicionais e, como tais, implicam na diminuição do valor real das mercadorias postas em circulação, não podendo ser incluídas na base de cálculo, citando, ainda, o art. 13, §1º, II, “a”, da Lei Complementar nº 87/96. Visando amparar sua alegação, transcreve também ementa de resolução da Receita Federal e do STJ, bem como ensinamentos dos Professores Roque Antonio Carraza, José Soares de Melo e Geraldo Ataliba.

Em relação à segunda infração, inicialmente esclarece que tem como objeto social a industrialização do leite e seus derivados, e que utiliza como matéria prima principal o leite “in natura” adquirido, na maioria das vezes, de produtores rurais que não são equiparados a comerciantes. Explica que, nessas condições, o recolhimento do ICMS fica diferido para o momento da saída dos produtos industrializados, conforme artigos 343 e 466, do RICMS/97. Alega que ocorrendo o diferimento, os produtores rurais deixam de se creditar do imposto incidente sobre os insumos que utilizam na produção do leite “in natura” e, de outro lado, os industriais também ficam impedidos de se aproveitarem desse crédito. Nesta perspectiva, aduz que os industriais acabam por assumir a integralidade do ônus relativo ao tributo estadual incidente sobre os insumos adquiridos pelos fornecedores, uma vez que, além de estes valores comporem o preço do produto vendido, cujo ICMS será integralmente arcado pelo industrial por força do diferimento, este último se encontra obrigado a repassar aos produtores o valor do crédito presumido, que diz ser aleatoriamente previsto no art. 93, XI, do RICMS/97.

Dizendo-se amparado no princípio constitucional da não cumulatividade, reclama o direito ao crédito integral do tributo incidente sobre todas as etapas anteriores, e informa que promoveu a revisão dos seus procedimentos fiscais realizados nos últimos cinco anos, passando a escriturar no Livro Registro de Apuração do ICMS o crédito do imposto incidente sobre a aquisição dos insumos aplicados na produção da sua principal matéria prima. Entende que os limites e restrições impostas no art. 93, XI, do RICMS/97, são arbitrários e inconstitucionais.

Explica que em virtude da dispensa de escrituração concedida aos produtores rurais, o legislador estadual, com o objetivo de facilitar a apuração e a fiscalização do ICMS devido por esse rol de contribuintes, determinou que o crédito fiscal relativo às aquisições dos insumos necessários à consecução da atividade rural fosse apurado de forma estimada, mediante a utilização de determinados percentuais a serem aplicados sobre o imposto devido pelos próprios produtores rurais quando estes derem saída aos produtos da sua lavoura.

Expõe que os referidos percentuais, conforme determinado pelo artigo 117, § 40, do RICMS, encontram-se especificados no Anexo 98 do mesmo Regulamento, o qual dispõe que, no caso das saídas de leite “in-natura” os percentuais são os seguintes: 5% (cinco por cento) nas operações interestaduais e 3,5% (três e meio por cento) nas operações internas.

Aduz que a fixação destes percentuais para o cálculo do crédito fiscal dos produtores rurais é, sem dúvida, um mecanismo utilizado pelo Fisco Estadual com o fito de facilitar o controle da arrecadação do ICMS devido por estes contribuintes, e que por outro lado, ainda no intuito de facilitar a arrecadação e a fiscalização, a legislação baiana determina que as saídas de leite “in natura”, pasteurizado ou não, tenham a tributação pelo ICMS diferida para o momento em que ocorrer a saída dos produtos industrializados a partir da sua utilização.

Relata que diante do diferimento prescrito pela legislação, o produtor rural não procede a qualquer destaque de ICMS quando das vendas de leite para a Impugnante.

Ressalta que o diferimento não importe em desoneração do imposto, já que tão somente, é um adiamento do momento da incidência tributária.

Reclama que como os produtores rurais estão impossibilitados de proceder ao crédito do ICMS na aquisição de insumos necessários para fabricação do leite (vacinas, fertilizantes, energia elétrica

consumida pelos tanques de refrigeração, etc) em virtude do diferimento do tributo, os produtores rurais acabam por repassar o custo correspondente no preço da mercadoria.

Contudo, diz que fica impossibilitado de proceder a qualquer crédito, haja vista que os documentos de aquisição do leite não contêm qualquer destaque do imposto.

Expõe que com o fito de equacionar esta injustiça fiscal e pretendendo guardar obediência ao princípio da não-cumulatividade inerente ao ICMS, a legislação baiana permitiu aos adquirentes de produtos "in natura", como é o caso da Impugnante, nos termos do artigo 93, inciso XI do RICMS/BA, o direito de se creditarem do imposto a que o produtor rural faria jus se não houvesse o diferimento.

No entanto, entende que tal dispositivo legal, além de não atender plenamente ao princípio constitucional da não-cumulatividade, macula o princípio constitucional da isonomia ao estabelecer injustificável tratamento diferenciado entre os contribuintes do imposto ora em voga.

Explica que no bojo do referido dispositivo, o legislador infralegal acabou por impor limites ao direito da Impugnante que inviabilizaram a aplicação da não-cumulatividade, na medida em que: (a) determinou que o crédito a que os adquirentes fariam jus seria apurado mediante a aplicação de alíquotas estimadas (Anexo 98 do RICMS/BA) que entende não corresponderem ao real valor do ICMS incidente nas operações anteriores; e (b) determinou que os adquirentes, para fazerem jus ao crédito, deveriam, obrigatoriamente, repassar o valor correspondente aos produtores rurais.

Em relação à primeira medida, considera que o percentual foi fixado de forma aleatória, sem tomar como base sequer o produto objeto da operação. Acrescenta que o crédito para o leite "in natura" foi limitado a um percentual fixo de 3,5% (três e meio por cento) sobre o valor do imposto que seria devido pelos produtores rurais nas operações internas se não houvesse o diferimento, o que segundo o impugnante representa um percentual de 0,61% (sessenta e um décimos por cento) sobre as entradas do referido produto. Considera que esse percentual não reflete nem de perto o montante do crédito a que o contribuinte faz jus.

Diz que levantou junto aos seus principais fornecedores (produtores rurais) todas as notas fiscais de entradas dos insumos utilizados na produção de leite, relativas ao ano-calendário de 2004 e cotejou com o total das saídas de leite efetuadas por estes mesmos fornecedores, tendo verificado, conforme Laudo Apuratório anexado ao processo e elaborado por empresa de consultoria contratada pelo autuado, um crédito real de ICMS correspondente a 2,22% (dois inteiros e vinte e dois décimos por cento), ao invés do percentual de 0,61% acima mencionado.

Informa que ao estabelecer tal restrição, a norma em referência acabou por suprimir o direito subjetivo dos contribuintes à não-cumulatividade do ICMS, uma vez que tal princípio garante ao realizador da operação o direito de creditar-se de todo o montante do ICMS cobrado nas operações anteriores, e não apenas de valor correspondente a um percentual fixo que alega não chegar próximo do valor real do imposto pago nas fases anteriores.

Conclui, transcrevendo ensinamentos de diversos doutrinadores do direito, que não pretende a declaração da inconstitucionalidade da legislação estadual que ampara a limitação ao creditamento, mas requer que seja aplicado ao presente caso o disposto no art. 5º (caput) e art. 150, II, §2º, I, da Constituição Federal, no art. 19 da Lei Complementar 87/96, e no art. 28 da própria Lei Estadual 7014/96 que, por serem hierarquicamente superiores à legislação estadual que serviu como fundamento para a caracterização da infração em tela (art. 93, XI e o art. 117, § 40, do RICMS/BA, entende que devem prevalecer sobre esta.

No que tange à infração 3, diz que os prepostos fiscais fundamentaram o lançamento de ofício no que está disposto no art. 18 do Decreto nº 8.205/02 que aprova o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE e

constitui o seu Conselho Deliberativo. Alega que o referido artigo apresenta dois planos temporais de vigência da norma legal, ou seja:

a) que até 10/08/05 o caput deste artigo vigorava da seguinte forma:

"Art. 18. A empresa habilitada que atrasar ou deixar de recolher o ICMS ao Tesouro do Estado, por 03 (três) meses consecutivos, ou 06 (seis) meses alternados, terá automaticamente suspenso o incentivo".

b) que a partir de 11/08/05 a redação passou a ser a seguinte:

"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".

Entende que os textos legais acima disciplinam o mesmo fato jurídico - penalidade para a inadimplência no DESENVOLVE. Diz que na redação anterior não há uma indicação de qual o incentivo fiscal que estará suspenso automaticamente após a ocorrência da condição imposta pela norma. Acrescenta que tal afirmação está fundamentada na interpretação e conhecimento do que é benefício fiscal e incentivo fiscal.

Expõe que benefício fiscal se trata de um programa ou um conjunto de ações tomadas pelo Governo de forma a reduzir a carga tributária para determinadas atividades ou setores da economia, e que os referidos programas contem em seu bojo uma série de incentivos fiscais específicos que para cada situação vigoram sob determinadas condições, ou seja, enquanto o benefício é gênero, o incentivo é espécie.

Diz que para corroborar a tese ora explanada, verifica-se que o Decreto nº 8.205/02 destinou o capítulo II para apresentar todos os incentivos fiscais que as empresas poderiam pleitear ao se habilitar ao benefício fiscal concedido sob o nome de programa DESENVOLVE, os quais são: diferimento do lançamento e o pagamento do ICMS, dilação do prazo de pagamento do ICMS, da liquidação antecipada da parcela incentivada.

Pelo exposto, conclui que a penalidade imposta pela norma original é inaplicável visto que não indica qual o incentivo será alvo de suspensão automática e nem como será a forma de sua suspensão, haja vista que o prazo alternado de seis meses pode se configurar em seis anos, caso a empresa fique inadimplente por um mês em cada exercício.

Acrescenta que a legislação foi alterada, com vigência a partir de 11/08/2005, de forma a tornar mais clara e objetiva a penalidade, e, qual o incentivo estaria suspenso caso fosse configurada a condição de inadimplência da parcela não sujeita a dilação de prazo. Entende restar claro que a partir da vigência da referida alteração a empresa que deixar de recolher a parcela não sujeita a dilação terá suspenso o incentivo da dilação de prazo de pagamento naquele mês.

Diz, ainda, que o parágrafo segundo do art. 18 do Decreto nº 8205/03 distingue de forma cabal o benefício fiscal de incentivo fiscal, conforme abaixo:

"§ 2º A empresa que tiver o benefício suspenso, somente voltará a gozar do incentivo após a regularização total das obrigações de que trata o caput deste artigo".

Conclui que os autuantes adotaram como procedimento de autuação a desconsideração do direito ao uso e gozo do incentivo fiscal da dilação do prazo de pagamento do ICMS no período de 31/10/2005 a 30/01/2006, indo de encontro ao que dispõe a Resolução nº 47 de 11 de setembro de 2003, expedida pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.

Que não existe nenhuma determinação oficial de suspensão dos incentivos concedidos ao autuado nem de cancelamento do benefício fiscal do DESENVOLVE para o qual está habilitada desde 2003, e que ocorreu, por parte dos prepostos fiscais, uma interpretação equivocada do art.

18 do Decreto nº 8.205/02, uma vez que a alteração que possibilitaria a suspensão do incentivo da dilação do prazo de pagamento do ICMS somente alcança os fatos geradores ocorridos a partir de 11/08/2005, pois no seu teor não há nenhuma cláusula de retroatividade dos seus efeitos.

Além disso, afirma que tecnicamente a Impugnante não se encontra numa situação de inadimplência para com o Tesouro Estadual, visto que todos os Autos lavrados contra a mesma estão em tramitação na esfera administrativa, ou seja, ainda não se configura um débito tributário líquido e certo.

Pela razão acima declinada, considera que não poderiam os prepostos fiscais suspender o incentivo fiscal da dilação do prazo de pagamento e constituir crédito tributário naquele período, alegando a infração prevista no art. 124 do Regulamento ICMS vigente.

Ao final, requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Os autuantes ao prestarem a informação fiscal (fls. 89/91) dos autos, se manifestaram da seguinte forma:

Infração 1. Dizem que segundo a legislação estadual vigente, quem compra e vende mercadorias, e bonifica o comprador, está operando a circulação de mercadorias por ato complexo, compreendendo uma transferência duplamente qualificada, compra e venda e doação. Acrescentam que o valor da operação há de se representar pelo preço de venda da mercadoria, inclusive a que foi doada em bonificação, prêmio e doação, e que ao transferir mercadorias ao comprador por venda ou bonificações, não deixa a empresa de realizar dois atos que envolvem circulação de mercadorias. Aduzem que inclusive esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de que as bonificações incidem sobre a base de cálculo do ICMS. Sendo assim, concluem que a bonificação integra o objeto da venda, não podendo ser abatida da base de cálculo do ICMS devido na operação.

Infração 2. Inicialmente transcrevem o art.93, XI, do RICMS/97, afirmando que o contribuinte não observou as formalidades exigidas para que fizesse jus ao crédito presumido previsto no regulamento. Acrescentam que tais créditos só seriam possíveis a partir do mês 04/2004, sendo obrigatório o repasse para o produtor com destaque no documento fiscal. Explicam que os adquirentes devem, obrigatoriamente, repassar o valor correspondente ao crédito aos produtores rurais, e afirmam que tal obrigação não foi feita pelo autuado.

Expõem que além de não ter ocorrido o repasse, o crédito aproveitado pela empresa foi bem maior do que o percentual previsto, de 3,5% sobre o valor do imposto que seria devido pelos produtores rurais nas operações internas se não houvesse o diferimento, ou seja, 0,61% das entradas do produto leite "in natura". Aduzem que aleatoriamente, a empresa contratou empresa privada de consultoria que chegou a um percentual de 2,22% sobre as entradas do produto.

Entendem que restou constatada uma manobra no sentido da elisão sistemática do ICMS, e que a empresa autuado há vários exercícios não vem cumprindo a sua obrigação principal de recolhimento do imposto à fazenda estadual, não fazendo jus ao crédito escriturado.

Infração 3. Inicialmente transcrevem os artigos 18 e 19, do Decreto nº 8205/02, com seus incisos e parágrafos, com redação dada pelo Decreto nº 9.513, de 10/08/05, entendendo que de acordo com os mencionados dispositivos pode-se depreender que os atrasos constantes e sistemáticos do pagamento do ICMS - pela ILPISA, não só lhe tiram o direito ao benefício no mês da inadimplência, como inclusive, já a habilita a perda definitiva do benefício concedido.

Consideram a defesa do autuado unicamente um problema de semântica e dizem que em nenhum momento conseguiu, com seus argumentos, provar algo.

Argumentam que o autuado se prende todo o tempo em princípios gerais da CF de 88, esquecendo-se de um princípio básico de direito, onde lei especial prevalece sobre lei geral.

Aduzem que não há do que se falar em inconstitucionalidade, quando a própria constituição defere autonomia aos estados-membros de legislar sobre os tributos de sua competência, obviamente dentro das limitações impostas pelo ordenamento.

Ao final mantêm na íntegra os termos da autuação.

VOTO

A primeira infração diz respeito ao estorno indevido de ICMS debitado a título de bonificações.

O autuado entende que o seu procedimento foi correto, alegando que não deve ser incluída na base de cálculo do ICMS as bonificações concedidas entendendo que se tratam de descontos incondicionais. Em sua peça defensiva procura demonstrar que o texto da Constituição Federal define que a base de cálculo deve representar o tributo valorativo da operação de circulação de mercadorias, ou seja, o valor real das mercadorias postas em circulação, argumentando que as bonificações implicam na diminuição do valor real das mercadorias postas em circulação, e que, portanto, não devem ser incluídas na base de cálculo,

Todavia, não concordo com o entendimento defensivo, e embora não seja de competência deste Colegiado abordar questões de inconstitucionalidade, ou não, da legislação tributária vigente neste Estado, nada obsta que neste momento faça a seguinte colocação.

A Constituição Federal não desce ao detalhe quanto à forma de cálculo do ICMS. Reservou este procedimento à legislação infraconstitucional.

Neste sentido determina a Lei Complementar 87/96:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é

[...]

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto

II – o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

Sob a orientação da lei complementar, a Bahia editou a Lei nº 7.014/96. A base de cálculo do ICMS, sobre a matéria em questão, está regulamentada em seu art. 17, § 1º, II, “a”.

Por sua vez, o Decreto Estadual nº 6.284/97 – RICMS/97 expressa no art. 54:

Art. 54. No tocante aos acréscimos e aos descontos relativos ao valor das operações ou prestações, observar-se-á o seguinte:

I - incluem-se na base de cálculo do ICMS:

a) nas operações e prestações internas e interestaduais, todas as importâncias que representarem despesas acessórias, seguros, juros e quaisquer outros acréscimos ou vantagens pagos, recebidos ou debitados pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias ou ao tomador dos serviços, inclusive o valor das mercadorias fornecidas ou dos serviços prestados a título de bonificação;

II - serão deduzidos da base de cálculo os descontos constantes no documento fiscal, desde que não concedidos sob condição, assim entendidos os que estiverem sujeitos a eventos futuros e incertos;

Diante de toda a legislação transcrita, entendo que em nenhum momento o RICMS/97 viola a Constituição Federal, nem tampouco, as leis infraconstitucionais. E quanto à alegação defensiva de que as bonificações em mercadorias concedidas aos seus clientes não estão sob qualquer

condição, também discordo uma vez que segundo a legislação acima citada o valor da operação há de se representar pelo preço de venda da mercadoria, inclusive a que foi doada em bonificação, prêmio e doação.

Ademais, vale frisar que nas vendas efetuadas pela empresa autuada com a concessão de bonificações em mercadorias, ela está praticando uma operação de circulação de mercadorias através de dois atos ou negócios jurídicos, quais sejam: compra e venda e doação (bonificações), com transferência de propriedade, havendo, nesta circunstância o interesse comercial do vendedor (autuado) como do comprador e prejuízo ao Erário, pois sobre este “plus” de mercadorias, se entendido ao contrário, haverá a apropriação de crédito fiscal (seja de matéria prima ou não) pelo autuado e nas suas operações de saídas, bem como nas operações subsequentes realizadas pelos seus clientes, não haverá qualquer pagamento do tributo.

Portanto, a bonificação integra o objeto da venda, não podendo ser abatida da base de cálculo do ICMS devido na operação.

A segunda infração aponta a utilização indevida de crédito fiscal referente às aquisições de leite in natura do produtor rural, em virtude do contribuinte não ter observado que o uso de tais créditos está condicionado ao repasse para o produtor com destaque no documento fiscal.

O autuado alegou que ocorrendo o diferimento para o momento da saída dos produtos industrializados, os produtores rurais deixam de se creditar do imposto incidente sobre os insumos que utilizam na produção do leite “in natura” e, de outro lado, os industriais também ficam impedidos de se aproveitarem desse crédito. Nesta perspectiva, entende que os industriais acabam por assumir a integralidade do ônus relativo ao tributo estadual incidente sobre os insumos adquiridos pelos fornecedores, e contesta o valor do crédito presumido, que diz ser aleatoriamente previsto no art. 93, XI, do RICMS/97.

Reconhece que levantou junto aos seus principais fornecedores (produtores rurais) todas as notas fiscais de entradas dos insumos utilizados na produção de leite, relativas ao ano-calendário de 2004 e cotejou com o total das saídas de leite efetuadas por estes mesmos fornecedores, tendo verificado, conforme Laudo Apuratório anexado ao processo, um crédito real de ICMS correspondente a 2,22% (dois inteiros e vinte e dois décimos por cento), ao invés do percentual de 0,61% que afirma ser o percentual sobre as entradas do produto em questão ao se considerar o percentual fixo de 3,5% (três e meio por cento) previsto na legislação.

Entretanto, mais uma vez entendo que não assiste razão ao autuado, haja vista que o mesmo não observou as formalidades exigidas para que fizesse jus ao crédito presumido previsto no regulamento, cujas condições estão definidas no art. 93, XI, do RICMS/97, que abaixo transcrevo:

"Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

XI - nas aquisições de produtos com diferimento junto a produtor rural ou extrator não equiparado a comerciante ou a industrial, desde que não haja vedação à utilização de crédito fiscal vinculado à saída subsequente desses produtos ou dos resultantes de sua industrialização, o valor resultante da aplicação dos percentuais discriminados no Anexo 98 sobre o imposto diferido nestas aquisições, devendo, entretanto, repassar igual valor ao remetente até o nono dia do mês".

Portanto, além do autuado não ter comprovado nos autos a acusação fiscal de que não efetuou o repasse obrigatório para o produtor com destaque no documento fiscal, ou seja, ter repassado o valor correspondente ao crédito aos produtores rurais, o valor aproveitado pela empresa foi maior do que o percentual previsto no Anexo 98 do RICMS/BA.

O próprio autuado confessou que não adotou o percentual de 3,5% sobre o valor do imposto que seria devido pelos produtores rurais nas operações internas se não houvesse o diferimento (0,61% das entradas do produto leite "in natura"), utilizando percentual não previsto na legislação (2,22% sobre as entradas do produto), restando caracterizado o cometimento da infração em exame.

A terceira infração imputa ao autuado a utilização indevida de crédito fiscal no programa DESENVOLVE (Dec 8.205/02), com ICMS a recolher, gerado após o estorno do crédito. Estornos estes em decorrência da falta de pagamento do ICMS devido, infringindo o art. 18 do mencionado decreto.

O autuado alegou que o art. 18 do Decreto nº 8.205/02 que aprovou o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE e constitui o seu Conselho Deliberativo, apresenta dois planos temporais de vigência da norma.

Entende que os referidos textos legais disciplinam o mesmo fato jurídico, e que na redação anterior não há uma indicação de qual o incentivo fiscal que estará suspenso automaticamente após a ocorrência da condição imposta pela norma. Acrescenta que tal afirmação está fundamentada na interpretação e conhecimento do que é benefício fiscal e incentivo fiscal.

Expôs que a legislação foi alterada, com vigência a partir de 11/08/2005, de forma a tornar mais clara e objetiva a penalidade, e, qual o incentivo estaria suspenso caso fosse configurada a condição de inadimplência da parcela não sujeita a dilação de prazo.

Conclui que os autuantes adotaram como procedimento de autuação a desconsideração do direito ao uso e gozo do incentivo fiscal da dilação do prazo de pagamento do ICMS no período de 31/10/2005 a 30/01/2006, indo de encontro ao que dispõe a Resolução nº 47 de 11 de setembro de 2003, expedida pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.

Todavia, da análise dos elementos constitutivos do processo, entendo correto o procedimento fiscal adotado pelos autuantes, uma vez que o próprio autuado reconhece que a alteração que possibilita a suspensão do incentivo da dilação do prazo de pagamento do ICMS, que abaixo transcrevo do Decreto nº 8.205/02, alcança os fatos geradores ocorridos a partir de 11/08/2005, sendo que o período objeto da autuação foi a partir de 31/10/05:

" CAPÍTULO V - DEVERES E SANÇÕES

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.

(Nota 2: A redação atual do art. 18 foi dada pelo Decreto nº 9.513, de 10/08/05, DOE de 11/08/05.

§ 1º Caso o atraso ocorra por 03 (três) meses consecutivos ou 06 (seis) meses alternados, o incentivo será automaticamente suspenso.

§ 2º A empresa que tiver o benefício suspenso, somente voltará a gozar do incentivo após a regularização total das obrigações de que trata o caput deste artigo.

Art. 19. A empresa habilitada aos incentivos do DESENVOLVE terá o benefício cancelado nas seguintes circunstâncias:

I - quando reincidir na falta prevista no artigo anterior;

II - quando incidir em dolo ou má fé na prestação de informações sobre o projeto ou sobre a empresa.

§ 1º O cancelamento a que se reporta este artigo dar-se-á por Resolução do Conselho Deliberativo com fundamento em parecer da Secretaria Executiva.

§ 2º A empresa que tiver o incentivo cancelado obrigará-se a ressarcir ao Estado todo o valor do imposto cujo prazo tenha sido dilatado, acrescido dos encargos financeiros praticados pelo sistema bancário, no prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir da data da publicação da Resolução.

§ 3º A empresa ou grupo econômico que tiver o incentivo do Programa cancelado não fará jus a novas concessões de incentivo do mesmo Programa".

Observo, ainda, que a peça defensiva, em nenhum momento negou a ocorrência dos atrasos do pagamento das parcelas do imposto questionadas nos autos, limitando-se a questionar a aplicação da norma acima transcrita, bem como tentando diferenciar benefício de incentivo fiscal.

No entanto, de acordo com os dispositivos acima transcritos, constata-se que os atrasos constantes e sistemáticos do pagamento do ICMS, não só retira do contribuinte o direito ao benefício no mês da inadimplência (art. 18, do Decreto nº 8.205/02), como inclusive, já o habilita a perda definitiva do benefício concedido (art. 18, §1º e art. 19, do Decreto nº 8.205/02).

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279127.0001/06-8, lavrado contra **INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS INDIOS S/A - ILPISA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.581.653,10**, acrescido de multas de 60%, previstas no art. 42, II "F" e VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR