

A. I. N° - 281213.0024/09-6  
AUTUADO - BARRY CALLEBAUT BRASIL S/A.  
AUTUANTES - AFONSO CUNHA DE CARVALHO  
ORIGEM - IFEP SUL  
INTERNET - 20.05.2011

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF N° 0117-05/11**

**EMENTA: ICMS.** 1. REMESSA DE BENS PARA CONSENTO FALTA DE RETORNO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 2. BENEFÍCIO FISCAL. DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS EM DECORRÊNCIA DE ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. Correta a exigência do imposto, tendo em vista o ajuste de débitos e créditos não vinculados ao projeto incentivado com a exclusão das operações alheias ao processo produtivo do estabelecimento, cujos débitos correspondentes devem ser apurados à parte porque não contemplados pelo benefício do Programa Desenvolve. Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 23/09/09, exige ICMS no valor de R\$ 262.517,65, em razão da apuração das infrações a seguir anunciadas:

1. Deixou de recolher ICMS em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido retorno. Valor R\$ 14.213,30
2. Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE. jan/abril 07; nov/dez 07; jan/fev 08; out/dez 08; jan/mar 09. Valor R\$ 248.304,35.

O autuado apresenta defesa tempestiva, através de seu representante legal, fls. 68/84, identificando-se como uma sociedade que objetiva a industrialização, comércio, venda, exportação, de cacau, café, soja, frutas tropicais, especiarias em natura ou industrializadas, bem como a industrialização dos seus subprodutos. Explica que em razão da expansão de sua capacidade produtiva, lhe foi concedido benefício fiscal, nos termos do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, por meio da Resolução nº 84/2006, que transcreve.

Di-se surpresa com a lavratura do Auto de Infração em epígrafe, da ordem de R\$ 262.517,65, proveniente das duas infrações; reconhece o lapso, faz o recolhimento com relação à primeira, no valor de R\$ 14.213,30.

Com relação à segunda infração, entende que o Auditor Fiscal se valeu de uma interpretação equivocada da legislação que regula o benefício fiscal concedido à impugnante, de tal modo que a exigência de valores, suposta falta de recolhimento de ICMS, como consta na acusação fiscal, mostra-se totalmente destituída de amparo legal e, não merece prosperar.

Argumenta a falta de correspondência entre a acusação fiscal e sua fundamentação legal no auto de infração; adequação dos cálculos do imposto efetuados pela impugnante às disposições da legislação de regência do benefício fiscal.

Explica que a acusação fiscal funda-se na genérica alegação de violação aos artigos 2º e 3º do Decreto Estadual nº 8.205/02, pois o benefício em questão decorre do Programa DESENVOLVE, instituído por meio da Lei nº 7.980/2001 e pode se dar, basicamente, em três distintos aspectos:

- a) Diferimento do lançamento e pagamento do ICMS relativo às aquisições destinadas ao ativo fixo e de alguns insumos destinados à industrialização;
- b) Dilacão de prazo de até 72 meses para o pagamento de até 90% do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias; e
- c) Desconto de até 90% para a liquidação antecipada da parcela do imposto cujo prazo tenha sido dilatado.

Insiste que esses três aspectos do benefício fiscal foram tratados de acordo com a legislação; o primeiro aspecto, referente ao tratamento a ser dispensado à aquisição de bens destinados ao ativo fixo e de insumos destinados à industrialização é detalhado no artigo 2º da Decreto nº 8.205/02 e seus incisos, enfatizando que o dispositivo não cuida de operações próprias, mas de situações específicas e pontuais, como aquelas referentes à aquisição de bens do ativo fixo, fornecimento de insumos e importações das matérias primas que especifica; suas disposições não abrangem operações costumeiras da empresa.

Conclui que o Auditor Fiscal não poderia ter embasado suas conclusões em suposta infração a este artigo do Decreto 8.205/02, já que as operações glosadas pelo “AIIM” não se identificam às operações de que cuida o artigo 2º do Decreto nº 8.205/02.

Insiste que não houve infração ao artigo 2º do Decreto nº 8.205/02; que a base da acusação fiscal é que a impugnante afronta o dispositivo legal, implicando suposto recolhimento a menor do ICMS sujeito à dilacão do prazo.

Argúi que na lavratura do Auto de Infração, o Auditor refaz os cálculos mensais e a pretexto de apresentar o cálculo de acordo com preceitos contidos no artigo 3º do Decreto nº 8.205/02, exclui da base utilizada para a apuração da parcela incentivada os valores que ele qualifica como não vinculados ao benefício e soma tais valores à parcela devida como piso mensal.

Para elucidar, tomou o mês de janeiro de 2008 como referência:

<b>A - Débitos do imposto</b>	
Por saída com débito do imposto:	R\$ 1.247.639,06
Outros débitos:	R\$ 20.519,60
Total do débito:	R\$ 1.268.158,66
<b>B - Créditos do imposto</b>	
Por entradas com crédito do imposto:	R\$ 409.155,77
Outros créditos:	R\$ 49.284,89
Estorno de débitos:	R\$ 19,40
Total do crédito:	R\$ 458.460,06
<b>C – Saldo de ICMS (A - B ) = R\$ 809,698,60</b>	
<b>D - ICMS a recolher/parcela não incentivada, de acordo com o piso estipulado em lei:</b>	R\$ 474.065,71
<b>E – Saldo de ICMS a incidir o benefício:</b>	R\$ 335.632,90 (C - D)
<b>F - Recolhimento referente à parcela incentivada com 90% de desconto, conforme artigo 3º do Decreto 8.205/02:</b>	R\$ 33.563,29 (10% de E >> valor resultante do saldo devedor de ICMS (C) após subtrair-se a parcela não-incentivada (D))
<b>G – Saldo parcela excedente (E – F):</b>	R\$ 302.069,61
<b>G - Recolhimento referente à liquidação</b>	R\$ 30.206,96 (10% do valor do saldo devedor

antecipada da parcela incentivada:	de ICMS apurado >> E-F)
Total de recolhimentos em janeiro/08:	R\$ 537.835,96
Benefício Fiscal fruído em janeiro/08:	R\$ 271.862,64

Insiste o autuado que efetuou seus cálculos em sintonia com disposições do artigo 3º do Decreto nº 8.205/02, que não faz alusão a quaisquer deduções que devam ser efetuadas previamente à apuração do saldo devedor de ICMS do qual se diminuirá a parcela obrigatória, para aplicação de porcentagens relativas ao benefício fiscal.

Diz que a sistemática aplicada pelo Auditor Fiscal não encontra guarida na legislação e seus cálculos inovam, irregularmente, a sistemática de cálculo do incentivo, exemplificando o procedimento fiscal, no mesmo mês de janeiro 08.

A - Saldo devedor, conforme RAICMS:	R\$ 809.698,60
B - Ajustes de débitos não-vinculados:	R\$ 20.838,70
C - Ajustes de créditos não-vinculados:	R\$ 22,20
D - Saldo devedor/operações próprias (A – B + C):	R\$ 788.882,10
E - Parcela fixa:	R\$ 474.065,71
F - Parcela excedente:	R\$ 314.816,39

Observa que não existe na legislação “ajustes de débitos não vinculados”. Assim, pelo método fiscal chegou-se aos seguintes números:

Saldo devedor, conforme RAICMS (A):	R\$ 809.698,60
Recolhimento de 10% sobre o excedente (F):	R\$ 31.481,64
ICMS a recolher segundo o método criado pelo Auditor (parcela fixa (E) + 10 % sobre o excedente (G) + débitos classificados como não vinculados (C) )	R\$ 526.386,05
Saldo da Parcela excedente	R\$ 283.334,75
10% sobre o saldo da parcela excedente:	R\$ 28.333,48
Valor que o fiscal entende como efetivamente recolhido pelo contribuinte:	R\$ 507.629,00
ICMS supostamente recolhido a menor:	R\$ 18.757,05

Questiona ainda a base de cálculo do mês de janeiro, R\$ 110.335,68. Depreende que o Auditor baseou seus cálculos na novel Instrução Normativa nº 27, de junho de 2009. Diz que a aplicação da nova norma infralegal exarada pela Superintendência de Administração Tributária a fatos pretéritos deve ser rechaçada, porque é ilegal e afronta a segurança jurídica.

Explica que de acordo com as prescrições contidas no Decreto nº 8.205/99, primeiramente, apura o saldo devedor de ICMS para, só após, deduzir a parcela fixa e encontrar a parcela incentivada; o sr. Auditor Fiscal, por seu turno, antes de calcular a parcela incentivada, desmembra o saldo devedor do ICMS, excluindo alguns valores por ele considerados como “não-vinculados” ao benefício fiscal, apura a parcela fixa e soma à esta os tais valores “não-vinculados”. Com isso, o Ilustre Auditor Fiscal acaba por aumentar a parcela fixa e diminuir a parcela incentivada, gerando uma discrepância entre os valores por ele apurados, de acordo com a nova metodologia de cálculo, e os valores apurados pela Impugnante, de acordo com as disposições legais que regem o benefício.

Completa que a exclusão de valores, classificados como “não-vinculados” ao benefício fiscal, através da mencionada Instrução Normativa nº 27 veio inovar no ordenamento, modificando a sistemática de cálculo da parcela incentivada.

Cita com exemplo, a planilha 05 encartada pelo Auditor Fiscal, fl. 81.

Contribuinte: BARRY CALLEBAUT BRASIL S/A  
 I.E. 030.932.076  
 CNPJ 33.163.908/070-05

A.I. Nº 281.213.0024/09-6  
 Infração nº 02

**PLANILHA 05/ANO 2008**

**DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS DEVIDO E INCENTIVADO - DESENVOLVE**

MÊS/ANO	jan/08	fev/08	out/08	nov/08	dez/08
<b>SALDO DEVEDOR CONF.RAICMS</b>	<b>809.698,60</b>	<b>661.942,57</b>	<b>780.633,25</b>	<b>1.748.997,00</b>	<b>1.551.887,34</b>
(-) Ajustes débitos não vinculados					
CFOP 5102 - Venda adquiridas de terc.	319,00	139,53	418,68	4.342,50	
CFOP 6202 - Devolução compras p/ind/serv					8.042,44
CFOP 6556 - Dev. Compras uso consumo			10,29	49,74	
CFOP 6911 - Remessa amostra grátil				0,72	59,40
CFOP 6913 - Ret. Revisão demonstração		7.000,00			
Outros débitos					
ICMS Diferencial de alíquota	20.519,60	13.893,90	19.632,40	6.861,42	12180,75
Estorno de crédito distribuição combustível			3.629,30		
Estorno de crédito der. compra não efetivada				24,99	
<b>TOTAL 1</b>	<b>20.838,60</b>	<b>21.033,43</b>	<b>23.690,67</b>	<b>11.279,37</b>	<b>20.282,59</b>
(+) Ajustes débitos não vinculados					
CFOP 2011 - Entrada de amostra grátil	2,80				
Outros créditos					
Devolução de bem eivado demonstração		7.000,00			
Devolução de compra uso/consumo			10,29	49,74	
Estorno de débito dif alíquota devoluções	19,40	10.000,00	14,70	71,05	
<b>TOTAL 2</b>	<b>22,20</b>	<b>17.000,00</b>	<b>24,99</b>	<b>120,79</b>	<b>0,00</b>
<b>Saldo devedor - operações próprias (A-B+C)</b>	<b>788.837,80</b>	<b>623.909,14</b>	<b>756.917,59</b>	<b>1.737.596,84</b>	<b>1.531.604,75</b>
Parcela Fixa (Resolução 84/2006)	474.065,71	474.065,71	527.175,43	527.175,43	527.175,43
<b>Parcela Excedente</b>	<b>314.772,09</b>	<b>149.843,43</b>	<b>229.742,16</b>	<b>1.210.421,41</b>	<b>1.004.429,32</b>

Insiste que a suposta diferença de recolhimento reside na exclusão dos valores tidos por não-vinculados antes da determinação da parcela incentivada, o que não encontra amparo no Decreto 8.205/99, mas tão-somente na nova Instrução Normativa nº 27/09.

Diz que sem adentrar no mérito de validade da Instrução Normativa nº 27 de 2009, notadamente quanto à competência do Superintendente de Administração Tributária para editá-la ou quanto à possibilidade de inovar a metodologia de cálculo da parcela incentivada, de modo que uma norma regulamentar infralegal acabe por diminuir o benefício concedido por força de lei, além de devidamente regulamentado por um Decreto Estadual, é fato incontestável que, tendo sido editada em junho de 2009, a Instrução Normativa nº 27 jamais poderia retroagir para alcançar os fatos ocorridos nos períodos constantes desse auto de infração.

Cita como fundamento o artigo 106 do Código Tributário Nacional e o princípio da segurança jurídica, pois acaba por imputar aos períodos já consumados uma nova metodologia de cálculo do imposto, fazendo surgir diferença que, em verdade não existe e, mais absurdo ainda, exigindo-a acompanhada de multa de 60%. Concluindo que a Instrução Normativa nº 27/09 não pode ser aplicada para as operações ocorridas anteriormente à data de sua publicação, principalmente para ocasionar a aplicação de penalidade contra a Impugnante, sob pena de violação aos princípios constitucionais da irretroatividade das leis e da segurança jurídica.

Transcreve, nesse sentido o artigo 5º, inciso XXXVI da CF 88; a doutrina de Geraldo Ataliba para respaldar seu entendimento de ilegalidade na aplicação da IN nº 27/09, a improcedência e o consequente cancelamento do presente Auto de Infração.

O auditor Fiscal presta Informação Fiscal, fls.95/99, fazendo referências às alegações defensivas, argüindo que não prosperam à luz da legislação tributária que rege o DESENVOLVE.

Explica que a Lei nº 7980/01 que instituiu o programa trata precipuamente de fomento ao desenvolvimento industrial do Estado, através do estímulo para instalação de novas indústrias e a expansão, reativação e modernização de indústrias já instaladas.

Explica ainda que a Resolução 84/2006, de 18.10.2006, especifica que o projeto de ampliação da fábrica destina-se a produção de derivados de cacau, conforme o art. 1º, que reproduz. Diz ainda que a dilação do prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor se restringe àquele relativo às operações próprias da empresa, em conformidade com o parecer 05936/2007, que anexa às fls. 98, concluindo que para as operações alheias ao processo produtivo, os débitos correspondentes deverão ser apurados à parte, não incidindo o benefício.

Afirma que as planilhas de fls. 32/34 contemplam ajustes de débitos não vinculados, a exemplo das operações com mercadorias produzidas por terceiros, que não refletem incremento na capacidade produtiva do impugnante e não podem ser alcançados pela dilação de prazo prevista no Desenvolve. Contrapõe que os ajustes apresentados nos “Demonstrativos de Apuração do ICMS Devido e Incentivado – DESENVOLVE” não decorrem de inovação ou de complexa manobra aritmética, como diz o defendant, mas, sim, de exclusões de débitos gerados por operações claramente desvinculadas das operações próprias do estabelecimento industrial beneficiário do programa de incentivos DESENVOLVE.

Informa que a forma de cálculo adotada, conforme consta dos demonstrativos, estão embasados por diversos Pareceres emitidos pela GECOT / DITRI, anexados aos autos, em resposta às consultas formuladas por contribuintes sobre os procedimentos aplicáveis para o cálculo correto da parcela do saldo devedor mensal do ICMS a recolher e passível de incentivo, na forma das disposições previstas pelo Programa Desenvolve.

Finaliza com a manutenção integral do auto de infração.

A 5ª JJF do CONSEF converte o processo em diligência à Inspetora de origem, fl.120, a fim de intimar o autuado para conhecer da Informação Fiscal e dos pareceres juntados às fls. 103/113, o que não ocorreu até o presente momento.

Após o cumprimento da diligência e recebimento dos documentos retro-mencionados, o sujeito passivo volta a manifestar-se, fls. 126/135, reiterando os termos da defesa inicial e diz que o Auditor Fiscal, em exígua exposição, omitiu-se nos esclarecimentos devidos quanto aos cálculos utilizados para apurar o suposto débito, sem apontar a sua fundamentação legal, apoiou-se em respostas às consultas, que não têm força legal, além disso, os pareceres cuidam de questões atinentes à parcela incentivada.

Ensina que a sistemática do Desenvolve é bipartida. No primeiro momento, apuração de ICMS mensal e subtração da parcela fixa; no segundo momento, a apuração da parcela incentivada. Apenas sobre a parcela incentivada é que recai o benefício previsto no desenvolve. Diz que a parcela de ICMS a recolher não goza de redução, dilação e não pode ser alterada, exceto por ordem legislativa.

Informa que a parcela fixa não possui qualquer benefício fiscal, justamente porque a legislação já considerou que não é proveniente de investimentos constantes nos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo do Desenvolve. Defende que todas as atividades não alcançadas pelo benefício foram devidamente excluídas quando as autoridades determinaram a parcela fixa mensal a ser recolhida.

Observa que a legislação faz alusão apenas à parcela fixa e à incentivada, mantendo-se silente quanto à eventuais deduções, não pode, então, ser engendradas por mecanismo infracional, IN 27/09.

Exemplifica o seu entendimento através dos cálculos feitos pelo fiscal em janeiro 08, deduzindo que diferem da previsão legal; diz ainda que fatos pretéritos, consumados e acabados não podem ser alterados em função de mera interpretação distorcida e que os pareceres juntados aos autos não pode fundamentar a autuação de contribuintes, uma vez que a atividade fiscal é vinculada. Conclui que a fundamentação de autos de infração deve ser buscada na lei e não em pareceres administrativos, salvo quando envolvam o próprio contribuinte.

O Auditor Fiscal autuante volta a manifestar-se, fls. 142/143, arguindo que a alteração da parcela fixa de R\$ 474.065,71 para R\$ 494.904,41, questionada pelo autuado, foi fruto da correção do IGP-M conforme previsão do art. 2º da Resolução 84/2006. Repete que os ajustes efetuados são decorrentes de operações desvinculadas das operações próprias e que não fazem jus aos benefícios.

Procede à revisão dos valores, tendo em vista que não foram compensados os créditos que o contribuinte teria direito na apuração do ICMS, fls. 144/146, e demonstrativo de débito, fls. 147, passando a exigência de R\$ 248.304,35 para R\$ 223.924,71.

Intimado para conhecer da alteração supra-mencionada, o autuado reclama dos argumentos fiscais que se repetem e também reitera sua discordância com iguais argumentos e pede a procedência de suas razões, fls. 151/154.

## VOTO

Verifico que, através do presente Auto de Infração foi atribuído ao sujeito passivo o cometimento de duas irregularidades, dentre as quais o autuado acatou expressamente a infrações 01, tendo efetuado o recolhimento do montante exigido, em conformidade com documentos do SIGAT, fls. 115/118.

Essa imputação se refere à falta de recolhimento de ICMS em razão da remessa de bens para conserto, sem o devido retorno, no valor de R\$ 14.213,30. A exigência está devidamente fundamentada e expressamente reconhecida pelo contribuinte, motivo pelo qual, com fundamento no art. 140 do RPAF/99, o seu mérito não será apreciado neste julgamento.

No que se refere à infração 02, recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, o impugnante apresenta algumas considerações que, entendo, devo apreciar em sede de preliminar.

Assim é que o autuado argui a aplicação da IN 27, de 02 de junho de 2009 aos fatos pretéritos constantes do presente auto de infração ocorridos entre períodos de janeiro de 2007 a março de 2009, em violação ao princípio da irretroatividade das leis, com fundamento extraído no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal e no art. 106 do Código Tributário Nacional. Alega ainda que na apuração dos débitos com a utilização da mencionada Instrução Normativa, houve ofensa a estrita legalidade, à segurança jurídica do contribuinte.

Não tem razão o sujeito passivo na argumentação de que a Instrução Normativa nº 27/2009 estaria violando princípios tão caros ao direito tributário, por criar novas obrigações ou encargos para os contribuintes, extrapolando a competência da Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda. Ressalto que incorreu em equívoco o impugnante, haja vista que se trata, na verdade, de um ato interpretativo, visando tão-somente à fiel observância das normas atinentes à matéria, por parte dos servidores da fiscalização, não tendo resultado na criação de novas obrigações para os contribuintes do ICMS.

A Instrução Normativa nº 27/09 cumpre tão-somente seu papel de normas complementar, ato normativo expedido por autoridade administrativa, sem ânimo de transpor, inovar ou modificar o texto da norma que complementa. Assim, portanto, sem inovação no ordenamento jurídico, não se observa qualquer ofensa aos princípios da legalidade, irretroatividade ou de hierarquia das normas.

No mérito, a infração 2 trata de recolhimento a menos, em decorrência de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo, na qualidade de beneficiário do Programa Desenvolve.

Eis que, ao contribuinte foi oferecido benefício fiscal, nos termos do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE através da Resolução nº 84/2006 (alterada p/ Resolução nº 137/2006); reproduzidos a seguir os benefícios, cuja concessão interessa diretamente ao deslinde da questão.

*Art. 1º.( ...)*

*II - dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe I, da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE.*

*Art. 2º Fixar a parcela do saldo devedor mensal do ICMS passível do incentivo, em o que exceder a R\$ 444.199,10 (quatrocentos e quarenta e quatro mil, cento e noventa e nove reais e dez centavos), corrigido este valor a cada 12 (doze) meses, pela variação do IGP-M.*

*Art. 3º( ...)*

*Art. 4º Sobre cada parcela do ICMS com prazo de pagamento dilatado, incidirá a TJLP ao ano ou outra que venha substituí-la, de acordo com a Tabela II, anexa ao Regulamento.*

Informa o Auditor Fiscal, responsável pelo feito, que a dilação do prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor alcança as operações próprias da empresa e que para aquelas alheias ao processo produtivo, os débitos correspondentes deverão ser apurados à parte, sobre os mesmos não incidirá o benefício. Apresenta demonstrativo fiscal às fls. 32/34 que ajusta os débitos, além dos créditos não vinculados, que não refletem incremento na capacidade produtiva do impugnante e não podem ser alcançados pela dilação de prazo mencionada.

O impugnante, em suas razões, argui falta de correspondência entre a acusação fiscal e a fundamentação legal apontada no auto de infração; diz que a pretexto de apresentar o cálculo que estaria de acordo com os preceitos contidos no artigo 3º do Decreto 8.205/02, o demonstrativo fiscal exclui da base utilizada para a apuração da parcela incentivada os valores qualificados como não vinculados ao benefício, somando tais valores à parcela devida como piso mensal.

Reitera que efetuou seus cálculos em total sintonia com as disposições contidas no artigo 3º do Decreto nº 8.205/02, que o mesmo não faz alusão a deduções que devam ser efetuadas previamente à apuração do saldo devedor de ICMS. Em sentido contrário, entende que a sistemática aplicada pelo Auditor Fiscal não encontra guarida na referida legislação e seus cálculos inovam irregularmente a apuração do incentivo fiscal.

Após exame da situação fática e dos demonstrativos acostados aos autos às fls. 32 a 48, constato o equívoco efetuado pelo autuado na apuração do benefício fiscal instituído pela Lei 7.980/2001 e regulamentado pelo Decreto 8.205/02 – Programa Desenvolve, ao vincular no incentivo as operações alheias ao processo produtivo do estabelecimento, a saber: CFOP (códigos fiscais de operação e prestação) 5102 - “venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros”; CFOP 5556 - “Devolução de compras uso e consumo”; CFOP 6201 - “Devolução de compras p/ industrialização”; CFOP 6556 - “Devolução de compras uso e consumo / interestadual”; CFOP 6102 - “venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros / interestadual”; CFOP 6553 - “Devolução de compras ativo imobilizado”; CFOP 6991 - “Remessa amostra grátis”, além do ICMS diferencial de alíquota.

Tais saídas não podem estar adstritas às chamadas “operações próprias”, conforme consta, inclusive, na própria Resolução que concedeu o benefício fiscal ao impugnante, por quanto o seu alcance encontra-se jungido no próprio dispositivo, ao estabelecer que o saldo devedor mensal do ICMS a ser incentivado é aquele gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado. Os débitos gerados em função dessas operações diretamente relacionadas com o projeto industrial irão compor o saldo devedor mensal capaz de ser incentivado. Por óbvio, quando se tratam de operações alheias ao processo produtivo do estabelecimento, a exemplo de mercadorias para revenda adquirida de terceiro, remessa de amostra grátis, como vimos anteriormente, os débitos correspondentes deverão ser apurados apartadamente, não incidindo sobre os mesmos o benefício fiscal.

Sequer poderia cogitar diversamente, uma vez que a lide trata de incentivo fiscal e a legislação tributária que disponha sobre benefícios há de ser interpretada literalmente, em conformidade com o disposto no art. 111, CTN. Isto é: em obediência ao próprio princípio da legalidade, resta consolidada posição no sentido de que descabe raciocinar analogicamente ampliando benefícios fiscais para situação que não se enquadra no texto expresso da lei.

Descabida também a alegação defensiva de que, editada em junho de 2009, a Instrução Normativa nº 27 não poderia retroagir para alcançar os fatos ocorridos no período constante do auto de infração. Consigno que a mencionada Instrução Normativa não trouxe nenhuma inovação à legislação relacionada ao Desenvolve, mesmo porque sendo uma norma interpretativa, não tem essa atribuição. Oportuno acrescentar que a diretriz contida na “exclusão de operações alheias ao processo produtivo”, já se encontrava prevista no art. 3º do Decreto 8.205/02, que regulamentou a Lei nº. 7.980/01.

*“Art. 3º O Conselho Deliberativo do DESENVOLVE poderá conceder dilação de prazo de até 72 (setenta e dois) meses para o pagamento de até 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo”.*

Portanto, o auto de infração encontra perfeito fundamento na legislação vigente, os pareceres mencionados serviram apenas à confirmação do entendimento do Auditor Fiscal, sem agressão a quaisquer princípios do direito tributário.

Incabível ainda a arguição de alteração da parcela fixa de R\$ 474.065,71 para R\$ 494.904,41, considerando sua expressa previsão o art. 2º da Resolução 84/2006, que concedeu o incentivo ao sujeito passivo.

Posto isso, acordo com o trabalho fiscal, sobretudo, após a revisão dos valores exigidos, tendo em vista que no demonstrativo anterior não foram compensados os saldos a crédito que o contribuinte tem direito na apuração do ICMS, conforme novos demonstrativos acostados aos autos às fls. 144/147, passando a exigência de R\$ 248.304,35 para R\$ 223.924,71.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração

## 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 281213.0024/09-6, lavrado contra **BARRY CALLEBAUT BRASIL S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$238.138,01**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2010.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA