

PROCESSO - A. I. N° 299314.0010/10-4
RECORRENTE - WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAL DO NORDESTE S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0097-01/11
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 23/02/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0002-11/12

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL E DE INTEGRAÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO DA BAHIA - DESENVOLVE. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. PROGRAMA DESENVOLVE. PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O benefício de dilação de prazo concedido pelo Programa DESENVOLVE, não alcança todas as operações realizadas pelo contribuinte, mas, exclusivamente, as operações próprias decorrentes dos investimentos previstos no projeto incentivado. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente a presente autuação, por meio da qual foram atribuídas ao sujeito passivo cinco irregularidades distintas, sendo objeto da presente irresignação apenas a infração 1, abaixo descrita:

INFRAÇÃO 1 – Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$1.655.337,40, acrescido da multa de 60%, 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, nos meses de março a novembro de 2007, janeiro e março a novembro de 2008.

Consta que o contribuinte é beneficiário do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980/01, conforme a Resolução nº 113/2006.

Consta ainda na peça acusatória que: “*O Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE (instituído pela Lei nº 7.980 de 12 de dezembro de 2001, regulamentado pelo Decreto nº 8.205 de 03 de abril de 2002) têm o objetivo de fomentar e diversificar a matriz industrial e agro industrial, com formação de adensamentos industriais nas regiões econômicas e integração das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado da Bahia. Neste sentido, seus incentivos fiscais têm por finalidade estimular a instalação de novas indústrias e a expansão, a reativação ou a modernização de empreendimentos industriais já instalados, com a geração de novos produtos ou processos, aperfeiçoamento das características tecnológicas e redução de custos de produtos ou processos já existentes. Portanto, o valor do ICMS incentivado será obtido unicamente em função dos objetivos do programa e, assim, qualquer operação fora deste citado objetivo não é alcançada e nem pode ser beneficiada pelo programa DESENVOLVE tal como a operação de compra e transferência de mercadoria para comercialização, venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, inclusive prestação de serviço. Mesmo no caso de remessa interestadual para industrialização, os incentivos previstos neste Decreto somente incidirão sobre a parcela produzida na Bahia. Assim, em conformidade com o exposto, foram*

refeitos os cálculos do valor de ICMS relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo, sendo excluídas as operações não beneficiadas pelo programa DESENVOLVE, considerando o piso estabelecido em resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE para efeito de cálculo da parcela do saldo devedor mensal de ICMS passível de incentivo, conforme DEMONSTRATIVO PARCELA NORMAL E DILAÇÃO DE ICMS RECOLHIDO A MENOR, INCENTIVO FISCAL – PROGRAMA DESENVOLVE, vide ANEXO 02.”

A Junta de Julgamento Fiscal, em sua Decisão, salientou, inicialmente, que o lançamento de ofício foi realizado em conformidade com o RPAF/99, estando claramente identificadas as infrações, o infrator e o montante da base de cálculo, o que permitiu o exercício da ampla defesa e do contraditório por parte do contribuinte.

No mérito, o órgão julgador de primeiro grau dirimiu a lide administrativa com a seguinte fundamentação:

“No que concerne à infração objeto de impugnação, no caso, a infração 01 - Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve -, verifico que decorreu do fato de haver o contribuinte na condição de beneficiário do Programa Desenvolve incluído no cálculo da parcela incentivada operações não beneficiadas pelo referido programa. Ou seja, não levou em consideração que somente poderia calcular a parcela incentivada incluindo apenas o ICMS das operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo, conforme a Resolução n. 113/2006.

Noto que o impugnante apresenta um extenso trabalho defensivo, todo voltado para o aspecto do alcance da expressão “operações próprias”, sustentando o entendimento, em apertada síntese, de que o artigo 2º, inciso I, da Lei Estadual nº 7.980/2001 trata de “saldo devedor mensal do ICMS normal” e os artigo 3º, caput, do Decreto nº 8.205/2002 e 1º, inciso II, da Resolução nº 113/2002 referem-se ao “saldo devedor mensal de ICMS”, todos em uma clara alusão ao fato de que o objeto da dilação é o saldo devedor mensal de ICMS, assim entendido o resultado da apuração dos créditos e débitos do imposto decorrentes de todas as operações realizadas em um mês e não o resultado de uma única ou algumas espécies de operações efetuadas nesse período.

Verifico, também, que os autuantes contestam os argumentos defensivos, apresentando uma extensa informação fiscal, afirmando, em síntese, que o benefício da dilação de prazo para pagamento se aplica ao saldo devedor do ICMS, relativo às “operações próprias”, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, no caso do autuado, para produzir gases industriais, e não relativo “a todas as operações próprias”, conforme entende o contribuinte.

Do exame dos elementos acostados aos autos, especialmente, da peça impugnatória apresentada pelo contribuinte, da peça informativa apresentada pelos autuantes e da legislação do ICMS, concluo que assiste razão aos autuantes quanto à acusação fiscal.

Isto porque, em conformidade com o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002, o mencionado Programa tem como objetivos, estimular a instalação de novos empreendimentos industriais ou agro-industriais, bem como a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos já instalados; desenvolvimento tecnológico dos processos produtivos e assimilação de novas tecnologias, estando previsto no seu art. 3º que poderá ser concedida dilação de prazo de até 72 meses para o pagamento de até 90% do saldo devedor mensal do ICMS relativo às operações próprias em razão dos investimentos realizados.

Observo que o contribuinte se habilitou para fruição dos benefícios do Programa DESENVOLVE, mediante apresentação de projeto ao Conselho Deliberativo do Desenvolve, cuja aprovação foi dada através da Resolução 113/2006, cujo teor é o seguinte:

‘RESOLUÇÃO Nº 113/2006

HABILITA A WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAS DO NORDESTE S.A. aos benefícios do DESENVOLVE.

O CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE, no uso de suas atribuições e nos termos da Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002, alterado pelos Decretos nº 8.113/03, 8.665/03, 8.808/04, 9.152/04, 9.183/01, 9.613/05 e 9.851/05,

RESOLVE:

Art. 1º. Considerar habilitado aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE: o projeto de ampliação da WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE S.A., CNPJ nº 24.380.678/0004-21, localizado no município de Salvador, neste Estado, para produzir gases industriais, sendo-lhe concedido os seguintes benefícios:

I – diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas importações e nas aquisições neste Estado e em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação e

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 mensal do ICMS passível de incentivo, em o que exceder a R\$ 416.011,43 (quatrocentos e dezesseis mil, onze reais e quarenta e três centavos), corrigido este valor a cada 12 meses pela variação do IGP-M.

Art. 3º - Conceder prazo de 12 (doze) anos para fruição dos benefícios, contados a partir do 1º dia do mês subsequente à publicação desta Resolução no Diário Oficial do Estado.

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

Art. 5º - Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação.'

Conforme o inciso II do art. 1º da Resolução 113/2006 acima reproduzida, claramente se verifica que o benefício de dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, diz respeito 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.

Portanto, indubitavelmente labora em equivoco o impugnante quando sustenta que o benefício de dilação de prazo concedido pelo Programa DESENVOLVE alcança todas as operações próprias que realiza, haja vista que claramente se verifica que o referido benefício está adstrito às operações próprias decorrentes dos investimentos previstos no projeto incentivado.

Relevante registrar que esse entendimento encontra-se pacificado no âmbito da SEFAZ/BA, conforme se verifica nas respostas dadas pelo órgão competente para dirimir dúvida do contribuinte sobre a interpretação e aplicação da legislação tributária, no caso, a Diretoria de Tributação através de sua Gerência de Consulta e Orientação Tributária – GECOT/DITRI, nos Pareceres ns 5936/2007, 11868/2007 e 21484/2008, sendo que a título meramente ilustrativo, reproduzo abaixo trecho da resposta dada no Parecer nº 11868/2007:

'DA RESPOSTA

Em vista da matéria consultada, convém destacarmos que a legislação relativa ao Programa DESENVOLVE é clara ao estabelecer que o montante a ser alcançado pelo incentivo da dilação de prazo, que poderá ser de até 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS, deve ser gerado em função das operações próprias do estabelecimento industrial beneficiário, decorrentes de investimentos efetuados pela empresa e constantes do projeto aprovado pelo Conselho Deliberativo.

Os créditos fiscais relativos às aquisições de mercadorias diversas adquiridas de terceiros para simples revenda, por sua vez, não podem ser utilizados para efeito de apuração do saldo devedor do ICMS a ser alcançado pela dilação de prazo de pagamento. Tais créditos devem ser cotejados para efeito de apuração do ICMS normal devido pela empresa e não alcançado pelo incentivo previsto no Desenvolve.

Neste sentido, o Decreto nº 8.205/2002, que aprovou o Regulamento do Programa DESENVOLVE, dispõe em seu Art. 3º, § 1º, que o percentual beneficiado com a referida dilação, assim como o respectivo prazo para pagamento encontram-se estabelecidos na Tabela I anexa ao Regulamento, tendo sido definidos de acordo os critérios estatuídos nos seus incisos.

Desta forma, é de se observar que, no exemplo apresentado pela Consulente, apenas a parte do ICMS Normal devido no mês e fruto do regime de apuração de créditos e débitos decorrentes da atividade da empresa, pode ser paga com créditos fiscais acumulados com base nos artigos 107 e 108 do RICMS/Ba, aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Já o valor que foi objeto de postergação do pagamento - mesmo que o contribuinte faça a antecipação do recolhimento no mês subsequente - não pode ser paga com créditos fiscais acumulados, pois goza de benefício diverso, de cunho financeiro.

Corrobora com este entendimento as disposições contidas no Art. 6º, §1º do Decreto nº 8.205/2002 -

Regulamento do Programa DESENVOLVE, onde fica explicitado que os valores antecipados relativos à parcela do imposto cujo prazo tenha sido dilatado deverão ser recolhidos em moeda corrente até o 20º dia do mês da antecipação.”

No exemplo encaminhado pela empresa, teríamos o seguinte:

SALDO CREDOR COMÉRCIO R\$ 10.000,00 (dez mil reais)

SALDO DEVEDOR INDÚSTRIA R\$ 10.000,00 (dez mil reais)

Considerando que a Empresa está enquadrada na Classe II, da Tabela I anexa ao Regulamento do DESENVOLVE, para a qual prevê-se um desconto de 80%, aplica-se o percentual de 80% sobre o saldo devedor indústria, da seguinte forma:

** Saldo Devedor de R\$ 10.000,00 - 80% de R\$ 10.000,00 = R\$ 2.000,00 (valor a recolher ICMS Normal).*

Destaque-se que, para o pagamento destes R\$ 2.000,00, poderão ser utilizados créditos fiscais acumulados.

O restante do débito, a saber: R\$ 8.000,00, poderá ser pago em até 06 anos, configurando-se na parcela beneficiada pelo DESENVOLVE.’

Nessa mesma linha de entendimento esposado pela GECOT/DITRI tem decidido este Conselho de Fazenda Estadual(CONSEF), conforme se observa no Acórdão CJF Nº. 0412-11/08, cujo trecho do voto transcrevo abaixo:

‘VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário relativo à nona infração, inerente ao recolhimento a menos do ICMS decorrente de lançamentos de débitos do diferencial de alíquotas, quando da apuração do saldo devedor do imposto amparado pelo benefício fiscal do DESENVOLVE, sendo realizada a recomposição da conta-corrente fiscal segregando os débitos do diferencial de alíquotas dos débitos das operações de comercialização de mercadorias de produção própria, amparadas pelo referido benefício fiscal.

De pronto, devo ressaltar que comungo com o mesmo entendimento adotado pela JJF e pela PGE/PROFIS de que para a dilação do prazo para pagamento do saldo devedor mensal do ICMS, o conteúdo da expressão “operações próprias”, inserta no art. 3º do Regulamento do Programa DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº. 8.205/2002, diz respeito aos produtos fabricados pelo próprio estabelecimento beneficiado, “gerados em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo”, conforme Resolução nº. 45/2003, não se incluindo as mercadorias ou bens adquiridos de terceiros para comercialização ou destinados ao ativo imobilizado.

A aplicação do benefício fiscal deve ser restrita e sua interpretação literal. Logo, descabe o entendimento recursal de que a expressão “operações próprias” diz respeito a “operações próprias de circulação de mercadorias”, as quais, segundo o recorrente, são quaisquer operações que envolvam a transferência da titularidade de bens ou mercadorias realizadas pelo estabelecimento beneficiado.

Neste contexto, não poderia o contribuinte utilizar-se do benefício de dilação do prazo de pagamento do ICMS, previsto para as operações próprias, para se debituar do diferencial de alíquotas, quando da apuração do saldo devedor mensal do imposto amparado pelo aludido benefício fiscal do DESENVOLVE, pois tais produtos adquiridos de terceiros e destinados ao ativo fixo do estabelecimento, mesmo concorrendo, direta e indiretamente, para o ciclo de produção e comercialização dos seus produtos, não se incluem como “operações próprias” e, como tal, não podem se inserir no saldo devedor mensal do ICMS a ter seu prazo de pagamento dilatado, pois não satisfazem os requisitos à regular fruição do benefício fiscal.’

Dessa forma, resta patente o acerto da Fiscalização quando considera que o benefício concedido ao autuado alcança, exclusivamente, o valor do ICMS relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE e refaz os cálculos excluindo as operações não beneficiadas pelo programa DESENVOLVE.

Vale observar que o autuado não impugnou os valores apresentados pelos autuantes, nada trazendo que pudesse elidir os demonstrativos elaborados na ação fiscal. Infração mantida.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 315 a 335, dizendo, inicialmente, que se dedica, dentre outras, às atividades de fabricação, produção e comercialização de gases industriais e que obteve dois benefícios fiscais relativos ao Desenvolve (Resolução nº 113/2006): (i) dilação do prazo de pagamento de até 90% do saldo devedor mensal do ICMS normal e (ii) diferimento do lançamento e pagamento do imposto sobre algumas operações.

Entende que a fiscalização e a Junta de Julgamento Fiscal se equivocaram, ao não incluir como operações próprias de seu estabelecimento, as operações de compra e transferência de mercadorias para comercialização; as vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros, inclusive a respectiva prestação de serviços, e a remessa interestadual para industrialização.

Acrescenta que:

1. o lançamento de ofício viola o artigo 3º do Decreto Estadual nº 8.205/2002, segundo o qual o benefício fiscal tem caráter *subjetivo* e deve ser aplicado a todas as “*operações próprias*” da Impugnante, sem qualquer restrição;
2. a atividade da fiscalização é plenamente vinculada e não discricionária, razão pela qual a mesma deve se ater aos termos estritos da lei, aplicando, portanto, os benefícios fiscais a todas as *operações próprias* de seu estabelecimento, não cabendo à Fiscalização, mas sim ao Conselho Deliberativo e à Secretaria Executiva do DESENVOLVE, verificar se os objetivos do programa estão sendo atingidos ou não, sob pena de violação ao artigo 4º da Lei Estadual nº 7.980/2001 e ao artigo 7º do Decreto nº 8.205/2002;
3. ainda que se considere válida a exigência do ICMS, não se pode puni-lo por observar estritamente os atos legais existentes, em especial a Resolução nº 113/2006, a qual não dispunha de forma expressa que as operações beneficiadas seriam apenas aquelas supostamente vinculadas ao objetivo do programa, isto é, operações com mercadorias produzidas no seu próprio estabelecimento.

O recorrente discorre longamente sobre o conceito de “*operações próprias*”, aduzindo o seguinte:

1. o artigo 3º do Decreto nº 8.205/2002 é claro ao dispor que a dilação do prazo de pagamento se aplica às suas operações próprias e na Resolução nº 113/2006, que o habilitou a usufruir dos benefícios do programa, também consta a autorização para dilação do prazo de pagamento do imposto a todas as operações próprias;
2. a interpretação mais lógica e razoável para o Decreto nº 8.205/2002 e a Resolução nº 113/2006 é que a dilação do pagamento é um benefício fiscal de caráter *subjetivo* e aplica-se a todas as operações próprias realizadas no estabelecimento habilitado para o programa DESENVOLVE, pouco importando se as operações são de venda de mercadorias produzidas no próprio estabelecimento, transferidas de outros estabelecimentos ou mesmo adquiridas de terceiros para comercialização. Essa é a conclusão a que se chega por qualquer linha de interpretação que se adote;
3. em uma *interpretação literal* do termo “*operações próprias*” verifica-se que este abrange todas as operações realizadas pelo estabelecimento habilitado para participar no programa;
4. ainda que se adote uma *interpretação sistemática* e se busque na legislação tributária baiana o sentido técnico do termo “*operações próprias*”, a conclusão é a mesma. Diz que uma análise do RICMS/99 (artigos 61, inciso II; 105, inciso XI; 357 e 506, § 3º), demonstra que o termo “*operação própria*” designa aquelas operações em que o contribuinte está diretamente vinculado à prática dos fatos geradores do tributo, e não o recolhimento do ICMS em nome de um terceiro por fatos geradores futuros e presumidos, na qualidade de substituto tributário;
5. o postulado da coerência do legislador deve ser levado em consideração na interpretação dos dispositivos legais, não sendo razoável atribuir a um termo técnico, que possui um significado corrente na legislação, outro sentido completamente diverso daquele usual. Aduz que, proceder dessa forma, é até mesmo violar a regra inscrita no artigo 146 do Código Tributário Nacional, segundo a qual, uma vez definido um determinado critério jurídico pela Administração Tributária para tratamento de uma hipótese, este não poderá ser deliberadamente revisto para se autuar um contribuinte que atuou observando aquele critério jurídico previamente adotado;

6. no caso concreto, isso significa que, se o termo “*operações próprias*” designa todas as operações de um determinado contribuinte, em contraposição àquelas sujeitas à sistemática da substituição tributária, não pode a Fiscalização, a pretexto de interpretar os objetivos do programa DESENVOLVE, desvirtuar esse conceito e considerar “*operações próprias*” apenas aquelas “*operações com produção própria* do estabelecimento”;
7. se nem a Lei nº 7.980/2001, nem o Decreto nº 8.205/2002 distinguiram entre espécies de *operações próprias*, não cabe à Fiscalização distinguir. Assim, todas aquelas operações praticadas pelo seu estabelecimento, salvo as eventualmente sujeitas ao regime de substituição tributária, estão abarcadas pelo benefício fiscal em comento;
8. ainda dentro de uma *interpretação sistemática*, percebe-se claramente que a própria legislação prevê um mecanismo para conferir efetividade ao comando final do artigo 2º, *caput*, do Decreto nº 8.205/02, segundo o qual o ICMS objeto do benefício é aquele “*gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo*”;
9. como seria difícil, quiçá impossível, determinar exatamente quais produtos comercializados por seu estabelecimento decorreram do projeto de ampliação de seu parque industrial, a legislação estabeleceu pisos de ICMS a serem pagos regularmente e determinou a aplicação do benefício apenas à parcela de ICMS devido que sobejasse esse piso;
10. admitindo-se que a sua intenção real era obter um benefício fiscal e a do Conselho Deliberativo, habilitar seu estabelecimento para usufruir *de fato* um benefício fiscal possível, esse objetivo fica completamente frustrado diante da interpretação dada pela Fiscalização. Por meio da análise do Anexo 02, constata-se que, considerando apenas os débitos de ICMS da venda de mercadorias por ele produzidas, não foi possível atingir o piso em questão em nenhum mês no período autuado;
11. o artigo 2º, inciso I, da Lei nº 7.980/2001 trata de “*saldo devedor mensal do ICMS normal*” e o artigo 3º, *caput*, do Decreto nº 8.205/2002, bem como o artigo 1º, inciso II, da Resolução nº 113/2002 referem-se ao “*saldo devedor mensal de ICMS*”, todos em uma clara alusão ao fato de que o objeto da dilação é o *saldo devedor mensal de ICMS*, assim entendido o resultado da apuração dos créditos e débitos do imposto decorrentes de *todas as operações realizadas em um mês* e não o resultado de uma única ou algumas espécies de operações efetuadas nesse período;
12. diante desse cenário, verifica-se que, também em uma perspectiva *teleológica*, a finalidade do incentivo ficará completamente desvirtuada se prevalecer a postura adotada pela Fiscalização no Auto de Infração em comento;
13. o objetivo do programa DESENVOLVE não é apenas e tão somente fomentar a industrialização na Bahia, ao contrário do que parece fazer crer a autuação. O artigo 1º, tanto da Lei nº 7.980/2001, como do Decreto nº 8.205/2002, enumera os objetivos do programa e estabelece finalidades genéricas, como “*fomentar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial, com a formação de adensamentos industriais nas regiões econômicas e integração das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado*”;
14. nesse contexto, embora o estímulo fiscal seja concedido a empreendimentos industriais e agroindustriais, conforme dispõe o artigo 3º da Lei nº 7.980/2001, isso não significa que esteja indissociavelmente ligado apenas às operações de venda de produtos por ele industrializados. Outras operações sujeitas ao ICMS são igualmente relevantes para empresas industriais como a Impugnante, que às vezes comercializa mercadorias vindas de outros estabelecimentos da própria empresa ou de terceiros. Isso, no entanto, gera débito de ICMS, receitas e empregos gerados no Estado da Bahia, que não seriam criados não fossem essas atividades;
15. a jurisprudência vem emprestando uma interpretação teleológica às desonerações fiscais, de forma a permitir que os benefícios fiscais subjetivos alcancem não apenas algumas atividades

principais realizadas pelo beneficiado, mas todas as atividades regularmente desenvolvidas pela pessoa, desde que promovam, de alguma forma e em alguma medida, a finalidade pretendida com a desoneração;

16. se, pelo contrário, o benefício fiscal em questão for aplicado apenas e tão-somente às operações com a mercadoria produzida em seu próprio estabelecimento, desconsiderando todas as outras operações normal e regularmente praticadas por um estabelecimento industrial, seu estabelecimento terá tido apenas o ônus e não o bônus do programa DESENVOLVE, em franco desrespeito, aí sim ao seu propósito, aos seus objetivos e à confiança por ele depositada nesse projeto;
17. o ICMS é um imposto sobre a *circulação de mercadorias* e distingue-se do IPI justamente por este incidir sobre a saída de produtos *industrializados*, isto é, a saída de bens que tiveram a sua natureza modificada ou aperfeiçoada para o consumo. Ao adotar o entendimento de que o incentivo fiscal em questão seria *objetivo*, isto é, dependeria do gênero de produto comercializado, a Fiscalização deturpa a própria natureza do ICMS, equiparando o incentivo a um benefício de IPI, em prejuízo de sua finalidade essencial;
18. não há como aceitar a postura da Fiscalização, pois sua atividade é vinculada, cabendo-lhe aferir se estão ou não presentes os requisitos legais para habilitação no programa e para usufruir de seus benefícios, sob pena de ofensa ao artigo 142 do CTN;
19. nem a Lei nº 7.980/2001, nem o Decreto nº 8.205/2002, nem mesmo a Resolução nº 113/2006, mencionam expressamente, em um rol taxativo, que só algumas determinadas operações, ou mesmo que apenas as operações com mercadorias produzidas pelo próprio estabelecimento, é que estariam beneficiadas pelos incentivos fiscais em questão;
20. uma vez cumprida a análise prévia e deferida a habilitação pelo Conselho Deliberativo, nos termos da Resolução nº 113/2006, entende que goza de direito adquirido para usufruir dos benefícios fiscais sobre todas as suas “operações próprias”, não cabendo à Fiscalização avaliar se essas operações são ou não compatíveis com os objetivos do programa e muito menos discriminá-las, a seu bel-prazer, quais seriam as operações beneficiadas, sob pena de ofensa aos artigos 142 do CTN; 4º, § 1º, da Lei nº 7.980/2001 e 7º, inciso I, do Decreto nº 8.205/2002.

Argumenta que, ainda que se pudesse considerar válida a exigência do ICMS no caso em tela, o que admite apenas para fins de argumentação, as multas e juros moratórios não poderiam ser cobrados, porque, na forma do parágrafo único do artigo 100 do CTN, a observância às normas complementares da legislação tributária exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Reitera seu pleito de esclarecimento de quaisquer questões fáticas eventualmente controversas, por meio de juntada suplementar de documentos, e solicita que seja intimado para poder sustentar oralmente as razões de defesa por ocasião do julgamento do Recurso.

Finalmente, requer o provimento do Recurso Voluntário interposto e o cancelamento da infração 1 ou, ao menos, o cancelamento da multa, juros moratórios e atualização monetária exigidos.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, afirma que o artigo 3º do Decreto nº 8.205/2002 é claro ao dispor que o benefício da dilação de prazo é relativo às operações próprias do contribuinte, dispositivo legal que está em perfeita consonância com os objetivos do Desenvolve: “*fomento à instalação de novos empreendimentos industriais ou agro-industriais e à expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais ou agro-industriais já instalados*” (artigo 1º, inciso I, do citado Decreto).

Aduz, por fim, que não há razão para se conceder incentivo a operações pré-existentes e, por ser norma jurídica de concessão de benefício fiscal, não há que se fazer interpretação ampliativa.

Manifesta-se, ao final, pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, devo registrar que o Recurso Voluntário é dirigido, exclusivamente, à exigência contida na infração 1, que trata do recolhimento a menos do ICMS normal devido, decorrente de erro na determinação da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa DESENVOLVE.

Ressalto que a autuação fundamentou-se nos lançamentos feitos pelo próprio sujeito passivo no livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 27 a 136), tendo sido constatado, pela fiscalização, que, no cálculo da parcela incentivada pelo Programa DESENVOLVE foram incluídas operações de compras para comercialização e de saídas de mercadorias adquiridas de terceiros e outras que também não estariam alcançadas pelo benefício, tais como: transferências de mercadorias adquiridas de terceiros, serviços de transporte vinculadas a tais operações etc – CFOPs nºs 1102, 1152, 1554, 1604, 1949, 2102, 2152, 2353, 2949, 5102, 5104, 5117, 5152, 5554, 5927, 5949, 6102, 6104, 6117, 6152, 6552, 6557 e 6949 (demonstrativos de fls. 21 a 147). Em razão disso, foi refeito o conta corrente fiscal do contribuinte com a apuração apartada dos débitos e créditos referentes às operações não incentivadas e cujo imposto deveria ser quitado no mês subsequente à sua apuração, de acordo com a metodologia constante na Instrução Normativa nº 27/09. Foi levado, ainda, em consideração, o valor do piso estabelecido na Resolução nº 113/2006, do Comitê Deliberativo do DESENVOLVE.

Saliento que as peças acostadas ao PAF são suficientes para a solução da lide, não havendo necessidade, portanto, de juntada suplementar de documentos.

No mérito, verifico que toda a discussão se concentra no conceito que se deve dar ao termo “operações próprias” para efeito de cálculo do valor do ICMS que pode ser objeto de dilação do prazo de pagamento, nos termos da Resolução nº 113/2006, do Comitê Deliberativo do DESENVOLVE.

Essa questão já foi enfrentada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal em diversas ocasiões e na própria Decisão recorrida foi inserido o voto do Conselheiro Fernando Antonio Brito de Aráujo proferido no Acórdão CJF nº 0412-11/08, manifestando o entendimento desta Corte Administrativa sobre o assunto.

A Decisão de primeiro grau encontra-se muito bem fundamentada e conceitua de forma correta o que deve ser entendido como “operações próprias”. Ao contrário do que advoga o Recorrente, o termo não pode ser definido em contraposição às “operações enquadradas na substituição tributária”. O posicionamento que tem sido adotado neste Colegiado define a expressão “operações próprias” como sinônimo de operações de circulação de mercadorias oriundas do processo de industrialização realizado no estabelecimento do contribuinte beneficiário do incentivo previsto no programa DESENVOLVE, nos termos do artigo 3º do Decreto nº 8.205/2002.

Sendo assim, não há possibilidade de inclusão, no cálculo do imposto incentivado pelo Programa DESENVOLVE, das operações de revenda de mercadorias adquiridas de terceiros ou outras remessas, já que o objetivo do Programa é justamente fomentar o parque industrial baiano. Entender de forma diversa, desnaturaria completamente a finalidade do programa de incentivo financeiro concedido pelo Estado da Bahia, que está consignada no artigo 1º, inciso I, do Decreto nº 8.205/2002: “fomento à instalação de novos empreendimentos industriais ou agro-industriais e à expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais ou agro-industriais já instalados”.

Por último, observo que o Recorrente não impugnou os valores lançados pelos autuantes nos papéis de trabalho. Em conclusão, entendo correta a Decisão de primeiro grau.

Quanto ao requerimento do Recorrente, de exclusão da multa, juros de mora e atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo, não pode ser acatado. Primeiro, porque tais parcelas estão previstas na legislação tributária baiana (artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96 e artigo 102, da Lei nº 3.956/81- COTEB). Segundo, pois esta Câmara de Julgamento Fiscal

não é competente para apreciar pedido de cancelamento ou redução de penalidades por descumprimento de obrigação principal, competência atribuída legalmente à Câmara Superior do CONSEF, nos termos do artigo 169, § 1º, do RPAF/99 (com lastro no artigo 147, inciso III, alínea “d”, do COTEB).

Quanto ao pedido do recorrente para que seja intimado da data de julgamento, deve ser dirigido ao setor competente do CONSEF.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, homologando a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 299314.0010/10-4, lavrado contra **WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.676.860,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$15.074,92**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/2005, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de janeiro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS