

A.I. Nº - 299314.0002/21-7
AUTUADO - WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - SÉRGIO BORGES SILVA E CRIZANTO JOSÉ BICALHO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03.03.2022

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0017-01/22-VD

EMENTA: ICMS. DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA PARCELA DILATADA. RECOLHIMENTO A MENOS. Autuado considerou indevidamente que estariam incentivadas pelo DESENVOLVE todos os débitos fiscais gerados em sua atividade, ainda que não vinculadas ao processo industrial em seu estabelecimento. O Programa do DESENVOLVE foi criado para incentivar exclusivamente as operações com produtos produzidos no estabelecimento do beneficiário. Inadmissível a inclusão na apuração do saldo devedor passível de incentivos de débitos fiscais relativos a operações com produtos não expressamente previstos na respectiva resolução que habilitou o projeto incentivado. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 31/03/2021, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$332.935,36, em razão de recolhimento a menos do ICMS por erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa DESENVOLVE (03.08.04), ocorrido nos meses de março, junho, julho e agosto de 2018, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 103 a 118. Explicou que, interessada em ampliar as suas atividades no Estado da Bahia e de se valer das condições especiais para pagamento do ICMS previstas no DESENVOLVE, instituído pela Lei Estadual nº 7.980/2001, celebrou um protocolo de intenções com o Governo Estadual, submetendo o projeto de ampliação de suas instalações ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, nos termos exigidos pela legislação, sendo considerada habilitada para usufruir dos benefícios do programa nos termos previstos pela Resolução nº 111/2006 que estabeleceu dilação de prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS relativo às operações próprias e redução de 90% caso antecipasse o recolhimento.

Concluiu que o benefício da dilação do pagamento é um benefício fiscal de caráter subjetivo e aplica-se a todas as operações próprias da Impugnante, 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.

Argumentou que o termo “operações próprias” tem como acepção jurídico-tributária o conjunto de operações realizadas por um determinado estabelecimento, ou seja, todas as operações em que o contribuinte está diretamente vinculado à prática dos fatos geradores do tributo, e não apenas em relação ao recolhimento do ICMS em nome de terceiros, na qualidade de substituto.

Acrescentou que a Autoridade Lançadora está circunscrita às vedações e limites impostos pelo artigo 146 do Código Tributário Nacional e, considerando que o artigo 61, Inciso II, e 105, Inciso XI, do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia (RICMS/BA) efetivamente conceitua de modo genérico a acepção jurídico-tributária do termo operações próprias, restará à Autoridade Lançadora as

limitações impostas pelo parágrafo único do artigo 100 do mesmo Código Tributário Nacional.

Concluiu que, se nem a Lei Estadual nº 7.980/2001, nem o Decreto Estadual nº 8.205/2002 distinguiram entre espécies de operações próprias, não cabe à Fiscalização distinguir. Assim, todas aquelas operações praticadas pela Impugnante, salvo as eventualmente sujeitas ao regime de substituição tributária, estariam abarcadas pelo benefício fiscal em comento.

Ressaltou que, 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 Estadual nº 8.205, segundo o qual o ICMS objeto do benefício é aquele “gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo”.

Alegou que a legislação estabeleceu pisos de ICMS a serem pagos regularmente e determinou a aplicação do benefício apenas à parcela de ICMS devida que sobeja esse piso. Ou seja, o mecanismo idealizado pela legislação foi a criação de uma presunção no sentido de que aquele piso corresponderia à apuração regular da Impugnante, e todos os valores de ICMS a pagar acima dele estariam sujeitos à aplicação do benefício em comento, porque presumidamente seriam decorrentes dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo.

Frisou que 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. Os artigos 1º, tanto da Lei Estadual nº 7.980/2001, quanto do Decreto Estadual nº 8.205/2002, enumeram os objetivos do programa e estabelecem 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”.

Destacou que outras operações sujeitas ao ICMS são igualmente relevantes para empresas industriais, que às vezes comercializa mercadorias vindas de outros estabelecimentos da própria empresa ou de terceiros. Isso, no entanto, gera débitos de ICMS, receitas e empregos no Estado da Bahia, que não seriam criados não fossem essas atividades.

Requeru o cancelamento da Multa de Ofício tendo em vista o seu inequívoco caráter abusivo e confiscatório, na medida em que perfaz valor equivalente a 60% dos valores supostamente devidos. Explicou que o artigo 3º do Código Tributário Nacional define o tributo como uma “prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito”. Por esta razão, o tributo não pode ser utilizado para punir, do mesmo modo que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento disfarçado de arrecadação.

Disse que a multa aplicada não respeita os Princípios Constitucionais da Razoabilidade e da Proporcionalidade e da vedação ao confisco previsto no inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal.

Requeru, por fim, que toda intimação seja enviada e publicada, exclusivamente, em nome da advogada ALESSANDRA BITTENCOURT DE GOMENSORO, inscrita na OAB/RJ sob o nº 108.708 e na OAB/BA sob o nº 64.600 e com endereço à Av. Praia do Flamengo, nº 200, 11º andar, Flamengo, Rio de Janeiro – RJ, CEP 22.210-901.

Os autuantes apresentaram informação fiscal das fls. 121 a 127. Destacaram que o autuado já foi autuado diversas vezes pela mesma infração de que trata este auto de infração, conforme acórdãos CJF nº 0367-12/11 e 0264-12/18. Explicou que o autuado manteve o mesmo discurso de lançamentos anteriores tentando ampliar o benefício para operações não decorrentes da atividade industrial ocorrida em seu estabelecimento sem apresentar suporte legal convincente para isso.

Ressaltou que a Resolução nº 111/2006 deixou claro que o benefício concedido teve como objetivo a produção de gases industriais. Esclareceu que o piso estabelecido na resolução deve ser aplicado sobre o saldo devedor passível de incentivo e não sobre o saldo devedor apurado no estabelecimento em decorrência de todas as operações nele realizadas. Disse que a multa aplicada

teve como base dispositivo previsto na Lei nº 7.014/96.

Na sessão de julgamento, por videoconferência, esteve presente a representante da empresa para acompanhar o julgamento do processo Sra. Marina Salim Saud.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

O presente auto de infração consiste na exigência de ICMS decorrente de recolhimento a menor do imposto em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista no Programa DESENVOLVE. A divergência decorreu da utilização pelo autuado, na apuração do benefício do DESENVOLVE, de todos os débitos fiscais gerados nas operações próprias realizadas, estando ou não vinculadas aos produtos produzidos no estabelecimento em sua atividade industrial.

De acordo com o art. 1º da Lei nº 7.980/2001, o Programa DESENVOLVE teve como objetivo 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. Fomentar a matriz industrial resulta em aumentar a produção industrial, objetivo principal do programa. Assim, a referida lei instituiu um programa voltado, exclusivamente, para incentivar a produção industrial com dilação do prazo de pagamento e desconto na antecipação do pagamento.

Segundo o art. 3º da Lei nº 7.980/2001, o Programa DESENVOLVE tem por finalidade “estimular a instalação de novas indústrias e a expansão, a reativação ou a modernização de empreendimentos industriais já instalados, com geração de novos produtos ou processos, aperfeiçoamento das características tecnológicas e redução de custos de produtos ou processos já existentes”. Não há qualquer margem para interpretação que admita a inclusão de outras operações, como a de comercialização com mercadorias recebidas de terceiros, no referido incentivo, como argumentado pelo autuado.

O art. 14 do Regulamento do DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002, atribuiu à resolução do Conselho do DESENVOLVE a indicação das qualificações do contribuinte e do projeto e os benefícios atribuídos, com a respectiva gradação e prazo de dilação, quando fosse o caso.

Convém destacar que a Resolução nº 111/2006, que habilitou o autuado aos benefícios do DESENVOLVE, estabeleceu em seu art. 1º o seguinte:

“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 24.380.578/0029- 80, localizado no município de Camaçari, neste Estado, para produzir gases industriais, sendo-lhe concedidos os seguintes benefícios:”.

Assim, o projeto de ampliação apresentado pelo autuado foi habilitado à fruição do benefício do DESENVOLVE para produzir gases industriais. O art. 3º do regulamento do DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/02 estabelece que o saldo devedor do imposto mensal passível de dilação de prazo para pagamento deve ser aquele relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE.

O projeto aprovado foi aquele destinado à produção de gases industriais. Assim, somente os débitos fiscais gerados nas operações com gases industriais são passíveis de incentivo pelo DESENVOLVE. São eles que são gerados em razão dos investimentos constantes no projeto aprovado. Os projetos aprovados são estritamente industriais e nem todos os produtos fabricados são passíveis de incentivos. É na resolução que habilita o projeto onde será definido as mercadorias produzidas que estarão passíveis de incentivos, que no caso do autuado são os gases industriais, conforme requerido no projeto apresentado.

Visando dirimir dúvidas acerca do cálculo da parcela do saldo devedor do ICMS que seria passível de incentivo pelo DESENVOLVE, foi editada a Instrução Normativa nº 27/09 com estabelecimento dos CFOP's que estariam associados aos débitos e créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado, de modo a apurar o saldo devedor passível de incentivo, onde o contribuinte deveria efetuar ajustes sobre o saldo devedor do ICMS encontrado no final de cada período de apuração, expurgando os valores referentes às operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo conselho deliberativo do programa, mediante aplicação da fórmula $SDPI = SAM - DNVP + CNVP$, onde:

SDPI = saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE;

SAM = saldo apurado no mês (se devedor, entrará na fórmula com sinal positivo; se credor, entrará na fórmula com sinal negativo);

DNVP = débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado;

CNVP = créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado.

O piso estabelecido em resolução corresponde ao valor do saldo devedor apurado em relação às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes do projeto aprovado, que deverá ser excluído para determinação do valor do saldo devedor mensal do ICMS passível de incentivo. Representa os débitos de ICMS gerados antes da ampliação do projeto incentivado.

Desse modo, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299314.0002/21-7**, lavrado contra **WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do ICMS no valor de **R\$332.935,36**, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR