

A. I. Nº - 269.1903003/16-6
AUTUADO - WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTES - SÉRGIO BORGES DA SILVA e CRISANTO JOSE BICALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28.05.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0071-02/18

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. Refere-se às parcelas relacionadas ao saldo devedor decorrente do projeto incentivado. Acusação fiscal não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 16/12/2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$1.464.545,76, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 03.08.04 – “Recolheu a menor 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.”

Contribuinte beneficiado pela Lei nº 7.980 de 12 de dezembro de 2001 que instituiu o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, Resolução nº 112/2006, alterada e retificada pela Resolução nº 064/2008.

(...) “o valor do ICMS incentivado será obtido unicamente em função do objetivo 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 do ICMS passível de incentivo. Contribuinte não atendeu ao disposto na Instrução Normativa nº 27/09 (Publicada no Diário Oficial de 03/06/2009) Conforme planilhas ANEXO01 a ANEXO11. Foram refeitos os cálculos da parcela do saldo devedor mensal do ICMS passível de incentivo mediante a exclusão das operações não incentivadas. Deste modo, foram ajustados os débitos oriundos de saídas com o produto Dioxido Carbono Liq. Cam Tanque (código do produto: 40003989). O autuado produz em sua planta o citado item, no entanto, registra, também, grande volume de entradas do mesmo, oriundas de terceiros para comercialização. As saídas deste produto são registradas como se fossem produção própria. Por meio de abordagem quantitativa dos volumes movimentados deste produto foram expurgadas as saídas na proporção das entradas oriundas de terceiros, valoradas pelo preço médio de saída em cada mês de apuração.”

Constata-se, que tempestivamente a Autuada apresentou impugnação ao lançamento através dos documentos constantes às fls. 42 a 60, e 122 a 136, quando apresentou o arrazoadado de defesa relatado a seguir.

Inicialmente a defesa afirma a tempestividade da impugnação e passa a descrever os fatos. Reproduz a acusação fiscal conforme consta da peça vestibular, a qual conclui ter por objeto o entendimento de que a Impugnante não poderia ter incluído no cálculo da parcela incentivada o ICMS pago em operações de venda/revenda de produtos não industrializados em seu estabelecimento.

Todavia, pondera que, ainda que se entenda que a Impugnante somente poderia incluir no benefício fiscal os débitos e créditos de ICMS relativos às operações realizadas com produtos

industrializados no estabelecimento incentivado, ainda assim os cálculos realizados pela Fiscalização apresentam equívocos que devem ser reparados.

Assevera que o ponto principal da demanda se relaciona à interpretação quanto ao termo “*operações próprias*” da Impugnante. Se este termo “*operações próprias*” abrange todas as operações de circulação de mercadoria realizadas pelo estabelecimento da Impugnante habilitado no DESENVOLVE ou somente as operações mercantis que tenham por objeto mercadorias que são industrializadas no referido estabelecimento.

Assevera que sua conclusão é a de que o termo “*operações próprias*” a que alude à legislação estadual que instituiu o referido Programa de Benefício Fiscal abrange todas as operações de circulação de mercadoria realizadas pelo estabelecimento da Impugnante, exceto àquelas sujeitas à substituição tributária, e não somente àquelas que tenham como objeto produtos industrializados em seu parque industrial, razão pela qual, entende não merecer prosperar este item do lançamento fiscal.

Afirma que o artigo 3º do Decreto Estadual nº 8.205/2002, que reproduz, é muito claro ao dispor que o benefício da dilação do prazo de pagamento ou do desconto para pagamento à vista se aplica às operações próprias da Impugnante.

Ressalta que na Resolução nº 112/2006 (também reproduzida), a qual habilitou a Impugnante a usufruir dos benefícios do programa, também consta a autorização para dilação do prazo de pagamento do imposto a todas as *operações próprias*.

Salienta que o artigo 1º da Resolução nº 112/2006, quando se referiu à "Classe 1, da Tabela 1, anexa ao Regulamento DESENVOLVE", nada mais faz, do que definir os prazos e percentuais de desconto e fruição dos benefícios, em nada delimitando ou restringindo a abrangência do termo *operações próprias* contido na Lei nº 7.980/2001, que, em seu entendimento, tem como acepção técnica o total das operações praticadas no estabelecimento autorizado, não cabendo distinção onde o legislador não o fez, por flagrante violação ao Princípio da Legalidade.

Destaca também que conforme reza o artigo 7.º do Decreto 8.435/03 que alterou a redação do Decreto 8.205/02, que regulamentou a Lei nº 7.980/2001, deu nova redação à Classe 1, da Tabela 1, anexa ao Regulamento “DESENVOLVE”, estabelecendo: Prazo de fruição doze anos; Prazo de carência seis anos; Percentual do ICMS incentivado 90%; Percentual de desconto por anos de antecipação: 1 ano 30%, 2 anos 45%, 3 anos 80% e quatro anos 85%, conforme dispositivo regulamentar e tabela que reproduziu.

Conclui que da análise tanto do Decreto Estadual nº 8.205 quanto da Resolução nº 112/2006, que habilitou a Impugnante a usufruir dos benefícios constantes do Programa DESENVOLVE, a interpretação mais lógica e razoável que se infere é 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.

Afirma que em uma interpretação literal do termo operações próprias, verifica-se que este abrange todas as operações realizadas por um determinado estabelecimento, e pondera que mesmo que se adote uma interpretação sistemática e se busque na legislação tributária baiana um sentido técnico do termo “operações próprias” a conclusão seria a mesma.

Acentua que um exame da legislação revelaria que essa expressão está sempre relacionada às disposições legais a respeito da substituição tributária, para diferenciar o ICMS devido nas *operações próprias* do sujeito passivo daquelas em que este atua como substituto tributário.

Diz ser o que se depreende da análise dos artigos 61, Inciso II, e 105, Inciso XI, do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia (RICMS/BA), que reproduz.

Remata que a defesa tem como premissa que, para o Fisco Estadual da Bahia, 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 a prática dos fatos geradores do tributo, e não apenas em relação ao recolhimento do ICMS em nome de terceiros, na qualidade de substituto.

Ressalta que “os termos técnicos devem ser interpretados dentro do contexto em que se inserem. 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 sob pena de violação do comando contido 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 punir o contribuinte que observou aquele critério jurídico previamente adotado.” (grifo do autor)

Assevera que a despeito de ser facultada à Autoridade Lançadora, a possibilidade de alterar seu entendimento acerca do conteúdo das normas contidas nas Leis em relação a critérios jurídicos de um determinado fato, estará circunscrita às consequências desta alteração.

Salienta que “Quando a alteração dos critérios jurídicos se dá em relação a um mesmo sujeito passivo, em relação ao qual a Administração já havia se posicionado de forma específica, como no caso em exame em que a Administração expressamente, através da Resolução n.º 111/2006 habilitou o programa apresentado pela Impugnante afirmando expressamente que o benefício abrangeria a totalidade de suas operações próprias, a Autoridade Lançadora está circunscrita às vedações e limites impostos pelo artigo 146 do Código Tributário Nacional.” (grifo do autor)

Explica ainda que “Por sua vez, quando a alteração dos critérios jurídicos é feita de forma genérica, alterando-se o entendimento até então adotado em relação a uma determinada norma, operando-se por via da publicação de normas complementares da legislação tributária, produzindo efeitos em relação aos contribuintes em geral, está a Autoridade Lançadora circunscrita às consequências desta alteração, nos termos e para os efeitos da norma contida no artigo 100, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.”

Ato contínuo a defesa cita e transcreve a doutrina de Ricardo Lobo Torres, Hugo de Brito Machado que esclarecem a diferença entre as duas situações, propostas acima (Art. 146 e 100 do CTN).

Leciona que no caso concreto, isso significa que se o termo “operações próprias” designa todas as operações de um determinado contribuinte, que não aquelas sujeitas à sistemática da substituição tributária, não pode o Fisco, a pretexto de interpretar os objetivos do programa DESENVOLVE, desvirtuar esse conceito e considerar “operações próprias” apenas aquelas operações com produção própria do estabelecimento.

Aduz que a Administração, através da Resolução n.º 112/2006, afirmou expressamente que o benefício abrangeria a totalidade de suas “operações próprias”, portanto a Autoridade Lançadora está circunscrita às vedações e limites impostos pelo artigo 146 do Código Tributário Nacional.

Acrescenta que o artigo 61, Inciso II, e 105, Inciso XI, do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia (RICMS/BA) também conceitua de modo genérico a acepção jurídico tributária do termo “operações próprias”, por isso resta à Autoridade Lançadora as limitações impostas pelo parágrafo único do artigo 100, do mesmo Código Tributário Nacional.

Remata que “Se nem a Lei Estadual n.º 7.980/2001, nem o Decreto Estadual n.º 8.205/2002, distinguiram as espécies de operações próprias, não cabe à D. Fiscalização distinguir. Assim, todas aquelas operações praticadas, salvo as eventualmente sujeitas ao regime de substituição tributária, estão abarcadas pelo benefício fiscal em comento.”

Enfatiza que admitindo 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 n.º 8.205, segundo o qual o ICMS objeto do benefício é aquele ‘gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo’”.

Explica que como seria difícil determinar exatamente quais produtos comercializados pela Impugnante 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 devida que sobejasse esse piso.

Acrescenta que o mecanismo idealizado pela legislação foi a criação de uma presunção no sentido de que aquele piso, no caso concreto R\$ 876.865,04 até dezembro de 2007 e R\$ 934.606,39 a partir de dezembro de 2007, 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. Pondera que o piso em questão foi fixado pelo conselho Deliberativo do DESENVOLVE, nos termos da Resolução nº 112/2006 considerando todas as operações próprias da Impugnante.

Afirma que da análise do Anexo 01 do auto de infração, constata-se que os débitos de ICMS da venda de mercadorias produzidas pela Impugnante, em alguns meses sequer atingiu o piso em questão.

Conclui que, nos meses em que a Impugnante não atingiu o piso, a prevalecer o entendimento da Autoridade Fiscalizadora, a Impugnante não poderia fazer jus ao benefício fiscal concedido pelo Governo Baiano uma vez que, na maioria dos meses, o valor do ICMS a ser recolhido sobre a venda de mercadorias industrializadas não atinge o piso mínimo para aplicação do benefício. Infere em seguida que em se considerando esse raciocínio, a finalidade do incentivo ficará completamente desvirtuada, pois prevaleceria a postura adotada pela Fiscalização no auto de infração em comento.

Explana que o objetivo do programa DESENVOLVE não é apenas fomentar a industrialização na Bahia, entende que os artigos 1º, tanto da Lei Estadual nº 7.980/2001, como do Decreto Estadual nº 8.205/2002, enumeram outros objetivos do programa e estabelecem finalidades genéricas, como descreve *“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”*.

Diz que embora o estímulo fiscal seja concedido a empreendimentos industriais e agroindustriais, conforme dispõe o artigo 30 da Lei Estadual nº 7.980/2001, esse fato não significa dizer que esteja indissociavelmente ligado apenas às operações de venda de produtos industrializados pela Impugnante.

Afirma que 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. Destaca que essas operações geram débitos de ICMS, receitas e empregos no Estado da Bahia, que não seriam criados não fossem essas atividades.

Ressalta ser extremamente difícil para a Impugnante desenvolver seu estabelecimento sem movimentar mercadorias, bem do ativo imobilizado e material de uso e consumo de outros estabelecimentos.

Pontua que demonstrou amplamente o inequívoco direito da Impugnante incluir no cálculo do benefício fiscal o ICMS recolhido nas operações de venda ou revenda de produtos não industrializados no estabelecimento incentivado.

Destaca que no lançamento fiscal ora impugnado verificou que a Fiscalização procura interpretar os objetivos da legislação do programa DESENVOLVE e autua a Impugnante ao argumento de que a mesma não os estaria observando.

Assevera que não pode aceitar a conduta da Fiscalização, pois entende que sua atividade é plenamente vinculada, tendo como função aferir, somente, se estão ou não presentes os requisitos legais para habilitação da Impugnante no programa e para usufruir de seus benefícios, sob pena de ofensa ao artigo 142 do CTN, que reproduz.

Lembra que o artigo 142 do CTN consagra o princípio da vinculação da atividade fiscal à legalidade estrita, não havendo na seara tributária margem para discricionariedade fiscal da Administração Tributária, isto é, para que a Fiscalização avalie a conveniência e oportunidade de

se reconhecer ou não o benefício fiscal ou de se efetuar ou não o lançamento fiscal. Cita em seguida a doutrina de Alberto Xavier, reforçando a tese de que a Administração Fiscal é vinculada à legalidade estrita.

Ressalva que nem a Lei Estadual nº 7.980/2001, nem o Decreto Estadual nº 8.205/2002, nem mesmo a Resolução nº 112/2006, mencionam expressamente, que apenas as operações realizadas com mercadorias produzidas pelo próprio estabelecimento é que estariam beneficiadas pelos incentivos fiscais em questão.

Enfatiza que Fiscalização ao excluir do benefício fiscal determinadas operações mercantis, violou o Princípio da Legalidade previsto no artigo 5º, Inciso II da Constituição Federal, e o Princípio da Legalidade em Matéria Tributária, previsto no artigo 97 do Código Tributário Nacional, que reproduz.

Afirma que o princípio da legalidade estrita exige que os fatos geradores, assim como as hipóteses de benefício fiscal, sejam interpretados restritivamente, com enumerações taxativas e fechadas, e não amplas, genéricas e exemplificativas, sob pena de violar o princípio da segurança jurídica e a própria proteção da confiança da Impugnante.

Menciona que a competência para aferir se um determinado estabelecimento ou projeto pode ou não se habilitar no programa DESENVOLVE, fica a cargo do Conselho Deliberativo do programa DESENVOLVE, nos termos dos artigos 40 da Lei Estadual nº 7.980/2001 e 70 do Decreto Estadual nº 8.205/2002, como também dos artigos 4º, § 1º da Lei Estadual nº 7.980/2001 e 7º, inciso I, do Decreto Estadual nº 8.205/2002, que reproduz.

Entende que uma vez deferida a habilitação pelo Conselho Deliberativo, a Impugnante goza de direito adquirido para usufruir os benefícios fiscais sobre todas as suas “operações próprias”, não cabendo à D. Fiscalização avaliar se essas operações são ou não compatíveis com os objetivos do programa e muito menos discriminar, a seu bel-prazer, quais seriam as operações beneficiadas, sob pena de ofensa aos artigos 142 do CTN; 4º, § 1º da Lei Estadual nº 7.980/2001 e 7º, inciso I, do Decreto Estadual nº 8.205/2002.

A propósito, por se tratar de benefício fiscal oneroso, os mesmos sequer poderiam ser revogados ou ter o seu uso e gozo completamente esvaziados, sob pena de violação ao artigo 178 do CTN, que transcreve.

Conclui que diante do que expôs, restou comprovada a insubsistência da autuação fiscal aplicada pela Secretaria Estadual de Fazenda da Bahia.

Diz que revisando os cálculos se depreende que no cálculo da parcela incentivada o Autuante olvidou de efetuar algumas exclusões de débitos/ créditos de ICMS incidente sobre operações que não são realizadas com produtos industrializados no estabelecimento incentivados, como por exemplo: créditos de CIAP, compras complementares, outras entradas, etc, conforme se depreende das planilhas anexas (doc. 03). Requer que sejam feitos os ajustes apresentados nas planilhas apresentadas pela Impugnante.

Sublinha que a Multa de Ofício deve ser cancelada tendo em vista o seu inequívoco caráter abusivo e confiscatório, na medida em que perfaz valor equivalente a 60% (sessenta por cento) dos valores supostamente devidos.

Adverte que se deve considerar que o artigo 3º do CTN estabelece que o tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito. Por esse motivo, o tributo não pode ser utilizado para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento disfarçado de arrecadação.

Aduz que a punição deve guardar relação direta entre a infração cometida e o mal causado, assim como com o bem jurídico que se deseja proteger. Cita e reproduz, dizendo no mesmo sentido a decisão do extinto Tribunal Federal de Recursos, nos autos da Apelação Cível nº 66.959/RJ, doutrina de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, Recursos Extraordinários nºs 81.550/MG e 91.707/MG e ADI nº 551/RJ.

Destaca que o E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA consagrou que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são limites ao ato administrativo, que deve guardar uma proporção adequada entre meios aplicados e o fim que se deseja alcançar, reproduzindo excerto da ementa do REsp 728999/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12.09.2006.

Finaliza dizendo haver demonstrado a manifesta abusividade e confiscatoriedade da multa e ofício aplicada no percentual de 60% (sessenta por cento) dos valores supostamente devidos pela Impugnante.

Requer seja reconhecida a insubsistência do auto de infração, dando-se provimento integral à presente Impugnação para que seja integralmente cancelado o lançamento fiscal, determinando-se o imediato arquivamento do processo administrativo, sem qualquer ônus para as partes.

Solicita, ainda, a juntada de documentos adicionais e a requisição de cópias de documentos e informações de quaisquer outros processos que se revelarem necessários à comprovação das alegações fáticas constantes da presente impugnação, bem como seja autorizada a realização de sustentação oral de suas razões de defesa perante este órgão quando da inclusão do feito em pauta para julgamento, sendo que referida sustentação será realizada por um dos seguintes advogados abaixo indicados:

Por fim, requer que toda intimação seja encaminhada ao endereço da Impugnante, descrito no início da presente impugnação e que as intimações sejam publicadas, exclusivamente, em nome dos advogados ALESSANDRA BITTENCOURT DE GOMENSORO, inscrita na OAB/RJ sob o nº 108.708 e PATRICIA BRESSAN LINHARES, inscrita na OAB/BA sob o nº 21.278.

Os Autuantes apresentam a informação fiscal às fls. 101 a 113, conforme passo a relatar.

Preliminarmente destacam que o Contribuinte recebeu uma cópia idêntica ao PAF em questão, com todos os elementos que descrevem detalhadamente as seis infrações evidenciadas na ação fiscal.

Inferem da defesa apresentada que o Contribuinte demonstrou ter compreendido bem a infração cometida quando afirma, à fl. 44, que " *...para a D. Fiscalização a Impugnante não poderia ter incluído no cálculo da parcela incentivada o ICMS pago em operações de venda/ revenda de produtos não industrializados em seu estabelecimento.*" e expõe seu entendimento equivocado quando diz que " *...a Impugnante faz jus à incluir na parcela incentivada o ICMS relativo à venda/ revenda de produtos não industrializados no estabelecimento incentivado.*"

Ressaltam que o grupo empresarial do Impugnante já foi alvo de diversas autuações referentes ao erro no cálculo da parcela a ser incentivada pelo DESENVOLVE, mas que, porém, volta a trazer a mesma argumentação utilizada em autuações anteriores quando questiona a interpretação e o alcance que deve ser dada ao termo "operações próprias" usado na legislação do DESENVOLVE. Informam, entretanto, que tal discussão já foi vencida com decisões do CONSEF, a exemplo do acórdão CJF367-12/11.

Asseveram que essa argumentação trata-se de um exaustivo esforço de ampliação da significação de uma expressão, a ponto de ultrapassar sobremaneira os limites do conceito cognitivo vinculado à realidade. Assim, em meio a um conceito ampliado, elástico, descontextualizado, o Contribuinte acaba promovendo as condições que fomentaram sua confusão de entendimento que resultaram no texto da defesa iniciado às fls.: 42, com base, unicamente, nos poderes da expressão "**operações próprias**".

Reiteram que o Contribuinte após nada dizer que seja proveitoso para sua defesa, tenta desenvolver uma outra linha de defesa, tentando vincular a expressão "operações próprias" contida na legislação do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE com a expressão "operações próprias" contida na legislação do ICMS para fins de substituição tributária. Explicam, porém, que estas alegações não contem qualquer nexo com a infração cometida em tela,

Afirma, contudo, que apenas para demonstrar o quão enganado está o Contribuinte acerca de

suas conclusões, lembramos que, o RICMS/BA utiliza a expressão “operações próprias” em outras seções, as quais destacam como exemplo.

Rematam que os argumentos trazidos pelo Contribuinte não se prestam para firmar o entendimento que almeja para fins de sua defesa, pois, o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE não tem como objetivo alcançar mercadorias que estão relacionadas com a substituição tributária.

Ressaltam que tudo quanto exposto pelo Autuado tem o intuito de promover o desenvolvimento da coluna única de sustentação de sua defesa, que consiste em focalizar a expressão “**operações próprias**”,

Asseveram que no caso em tela as operações próprias de que trata a Resolução nº 112/2006 relativa ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE. é o projeto de ampliação da WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE S/A, CNPJ nº 24.380.578/0043-38, localizado no município de Camaçari, neste Estado, para produzir gases industriais.

Portanto, afirmam que a Impugnante foi beneficiado com a 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, para ampliação, com o objetivo de produzir gases industriais.

Reiteram que apenas é incentivada a parcela das operações próprias vinculadas ao seu projeto de ampliação de sua planta industrial para produção de gases industriais conforme benefício fiscal nos termos da legislação do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

Explicam que o valor do piso é estabelecido em resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE para efeito de cálculo da parcela do saldo devedor mensal do ICMS passível de incentivo e asseveram que não há qualquer base legal para entender que os valores acima do piso a recolher estariam relacionados diretamente com o projeto incentivado, logo, concluem que não faz nenhum sentido o Contribuinte declarar que “... *acima dele estariam sujeitos à aplicação do benefício em comento, porque presumidamente seriam decorrentes dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo...*”.

Explicam que o objetivo da Lei nº 7.980 que instituiu o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE é de fomentar e diversificar a matriz industrial e agro industrial, com formação de adensamentos industriais nas regiões econômicas e integração das cadeias produtivas.

Sendo assim, continuam os Autuantes esclarecendo que as citadas operações próprias de compra e venda de mercadorias estão fora do âmbito da legislação do benefício fiscal em tela, resultando que mesmo que haja saldo devedor mensal do ICMS cujo valor seja superior ao piso estabelecido em resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, este citado saldo não seria passível de incentivo.

Ressaltam que o objetivo do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE é atender o quanto disposto na legislação pertinente ao Programa, ou seja, agir nos termos da Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 8.205.

E salientam que a fruição do citado benefício fiscal está vinculado aos termos da legislação pertinente, supra citada e por isso não pode o Contribuinte reclamar do Estado que não conseguiu ultrapassar o limite mínimo, acima do qual poderia se beneficiar, logo, afirmam que não faz qualquer sentido a Impugnante declarar que “... *considerando apenas os débitos de ICMS da venda de mercadorias produzidas pela Impugnante, em alguns meses sequer foi possível atingir o piso em questão. ...*”

Reiteram que as operações próprias relacionadas à compra e venda de mercadorias não estão amparadas com o benefício do Programa DESENVOLVE, e que portanto, as afirmações do

Contribuinte confirmam que não respeitou a legislação do benefício fiscal DESENVOLVE, culminando com o cometimento da infração em tela.

Discorrem que a Lei nº 7.980 e o Decreto nº 8.205, que a regulamenta, tem por objetivo fomentar e diversificar a matriz industrial e agro industrial, e nesse sentido qualquer operação própria promovida pelo Contribuinte que não esteja em conformidade com os objetivos do citado Programa estará fora do abrigo da legislação pertinente, não fazendo jus ao tratamento tributário de incentivo fiscal próprio do Programa DESENVOLVE.

Pontuam que a Impugnante tenta atingir a legalidade do lançamento do crédito tributário, mas, contudo, não enfrenta os dados apresentados e produzidos pelos Autuantes quando da ação fiscal.

Dizem que a autuação em tela se baseou nos fatos claramente descritos conforme fls.: 01, 02 e 03, comprovadas ricamente pelos anexos de fls. 6 a 37 por meio de demonstrativos e cópias de documentos do reportado PAF.

Quanto a alegação defensiva de que houve equívocos na realização dos cálculos da parcela incentivada, conforme planilhas que apresenta às fls. 73 a 97, apontando que a fiscalização *"...olvidou de efetuar algumas exclusões de débitos/ créditos de ICMS incidente sobre operações que não são realizadas com produtos industrializados no estabelecimento incentivados, como por exemplo: créditos de CIAP, compras complementares, outras entradas, etc..."*. Os Autuantes dizem que, o Requerente faz observações nas planilhas apresentadas que merecem ser avaliadas à luz das informações contidas nos livros fiscais eletrônicos (fls. 36 e 37) que são parte integrante deste PAF.

Reafirmam a correção do cálculo constante das planilhas apresentadas às fls. 73 a 97 referentes às saídas de produtos que não foram industrializados na planta do Contribuinte conforme fl. 17, ANEXO 03 do auto de infração.

Discordam dos ajustes que o Autuado propõe conforme marca em vermelho e reivindica serem corretos quando compara com aqueles que foram considerados pela fiscalização. Advertem que a Impugnante não apresentou qualquer documento ou fundamentação, ou mesmo apontou as notas fiscais que comprovem a razão do entendimento discordante do que foi adotado na ação fiscal, e elencam os seguintes comentários que reproduzo integralmente:

1. *"Inclusão de créditos referentes ao CFOP 1102 - Compra para Comercialização - Ao que parece, não foi observado de forma suficiente e ampla o conjunto de evidências e provas que integram o PAF em questão. Ocorreu que o autuado registrou equivocadamente entradas de "matéria prima" como se fossem mercadoria para revenda. Encontra-se anexada ao processo, fl. 28, ANEXO 09, uma planilha onde são apontadas todas as operações com "Dióxido de Carbono Bruto Líquido", que deveriam ter sido registradas com CFOP 1101 - Compra para Industrialização. Conforme Instrução Normativa 27/2009, não existe previsão para excluir do cálculo do SDPI (Saldo Devedor Passível de Incentivo) as aquisições de matéria prima vinculadas à produção incentivada. Como citado à fl. 1 do PAF, integram os demonstrativos desta infração as planilhas, cópias de documentos, e arquivos eletrônicos, notas fiscais eletrônicas e Escrituração Fiscal Digital devidamente autenticados e anexados ao presente auto de infração. Não assiste razão ao Demandante.*
2. *Inclusão dos créditos do CIAP - Os créditos de CIAP a que os contribuinte vazem jus estão vinculados à atividade industrial incentivada, não existindo qualquer razão para que os mesmos sejam excluídos do cálculo do SDPI (Saldo Devedor Passível de Incentivo). Conforme Instrução Normativa 27/2009, item 2.2.18, somente a entrada de bens do ativo não vinculados ao projeto incentivado poderiam gerar ajustes excludentes. Não assiste razão ao Demandante.*
3. *Inclusão de créditos referentes ao CFOP 1949 - Outras Entradas - Os créditos que foram apropriados pelo Contribuinte neste CFOP referem-se ao ICMS ST Transportes. Tais serviços foram contratados para promover o transporte da produção incentivada do estabelecimento até o seu destino, ou seja, até o cliente, adquirente do produto. Nesta circunstância, o valor do frete integra o preço da mercadoria/produto, cuja saída foi incentivada pelo DESENVOLVE. Deste modo, não há qualquer razão para que tais créditos seja excluídos da apuração do SDPI. As notas*

fiscais que dão suporte aos citados créditos foram emitidas pelo próprio Autuado e fazem referência aos Conhecimentos de Transporte emitidos pela prestadora que foi substituída. Todas estas notas eletrônicas e conhecimentos de transporte eletrônicos, além da EFD, integram o presente PAF conforme fls. 36 e 37. Seguem, a título de exemplificação, os espelhos da NFe 18, série 889 emitida pelo Autuado em 20/11/2013 e do CTe 805 série 3 emitido pela Henrique Stefani em 06/10/2013. Não assiste razão ao Demandante.

- 4. Inclusão de créditos referentes aos CFOPs 1352 e 2352 - Aquisição de Serviço de Transporte - Conforme Instrução Normativa 27/2009, item 2.2.12, estão expressamente excluídas das aquisições de serviços de transporte que ensejariam ajustes no SDPI aquelas classificadas nos subitens 1.352 e 2.352 (aquisição de serviço de transporte por estabelecimento industrial). Desta forma, não é cabível a inclusão destes créditos nos ajustes do SDPI. Não assiste razão ao Demandante.*
- 5. Inclusão de créditos relativos a "estornos de crédito" (meses ago/14 e nov/14) e "outros créditos" - Com base na Escrituração Fiscal do Demandante que é parte integrante deste PAF, não existe qualquer evidência de que estes lançamentos se vinculem a operações não incentivadas. Desta forma, com base na IN 27/09, não é cabível a inclusão destes créditos nos ajustes do SDPI. Não assiste razão ao Demandante.*
- 6. Inclusão de créditos relativos a "saldo credor no mês anterior" - Conforme se verifica da Escrita Fiscal do Contribuinte, que é parte integrante deste PAF, o saldo credor resultante apurado no mês março de 2015 decorreu das atividades industriais do Demandante. Por consequência, ele pode ser usado na apuração normal do ICMS de abril/2015, como o foi, no entanto, não existe qualquer previsão na IN 27/09 que permita considerá-lo como não vinculado à produção incentivada. Isto seria um contra-senso, já que este crédito decorreu de operações industriais vinculadas ao projeto do Desenvolve. Não assiste razão ao Demandante."*

Ao final dizem haver deixado evidente que a fiscalização identificou todas as operações que estão vinculadas à produção incentivada e aplicou as diretrizes da IN 27/09, para proceder ao cálculo do valor do ICMS passível de incentivo pelo DESENVOLVE.

Rematam que não são procedentes as observações feitas pelo Autuado com objetivo de provocar o refazimento dos cálculos, diminuindo o valor do crédito constituído, sobretudo porque Impugnante não apresentou qualquer prova ou fato novo que pudesse ser aproveitado em seu favor.

Adentrando no Item "III.3) DA ABUSIVIDADE E DA FINALIDADE CONFISCATÓRIA DA MULA DE OFÍCIO APLICADA" dizem que o Autuado passa a questionar a multa aplicada, afirmando que "...deverá ser cancelada a Multa de Ofício tendo em vista o seu inequívoco caráter abusivo e confiscatório, na medida em que perfaz valor equivalente a 60%..." e "...o tributo não pode ser utilizado para punir..." mas afirmam que a multa aplicada está prevista na Lei 7.014/96.

Lembram que o dimensionamento da multa é competência legal, que cabe à fiscalização tão somente aplicá-la ao caso previsto. E asseveram que não compete aos auditores avaliar os termos da Lei em relação aos aspectos abordados pelo Requerente, relativos à multa aplicada.

Afirmam que nenhuma alegação apresentada em sua peça de defesa deixou de ser atentamente verificada. Do mesmo modo, não houve qualquer fato, documento ou argumento que não tenha sido verificado e considerado.

Ressaltam que, após verificar as fls. 01 a 37, confirmaram que restou comprovado que o Contribuinte recebeu cópia do auto e todos os demonstrativos, levantamentos, documentos e arquivos eletrônicos integrantes do auto de infração de nº 269190.3003/16-6 em 22 de dezembro de 2016, tornando insustentável qualquer alegação de cerceamento de direito de defesa.

Pedem que o presente Auto de Infração seja julgado integralmente procedente.

Na assentada para julgamento ocorrida no dia 31 de junho de 2017, o colegiado da 2ª Junta de Julgamento Fiscal – JJF decidiu remeter este PAF em diligência à Infaz de Origem para que fosse dada ciência à Impugnante acerca do teor da informação fiscal.

A Impugnante apresentou nova manifestação às fls. 122 a 136 e delinearam o arrazoadado a seguir exposto.

Inicialmente resumem os argumentos da informação fiscal dizendo ter sido com base nas seguintes assertivas:

- (i) *“Os benefícios fiscais concedidos pelo programa Desenvolve Bahia somente se aplicariam às receitas decorrentes da venda das mercadorias produzidas no estabelecimento da Impugnante;*
- (ii) *A Impugnante teria a pretensão de ampliar o significado da expressão “operações próprias”, contida no art. 3º do Decreto n.º 8.205, que introduziu o programa de incentivo fiscal Desenvolve Bahia, visando estender o benefício às suas demais operações não relacionadas à atividade industrial;*
- (iii) *A autuação fiscal teria sido lavrada com base em fatos descritos com clareza e comprovados nos autos do processo, não havendo que se falar em discricionariedade da Fiscalização; e*
- (iv) *A Multa de Ofício foi aplicada em conformidade com a Lei n.º 7.014/96 e, por ser competência legal, não caberia aos auditores fiscais exercer juízo acerca de sua abusividade e finalidade confiscatória.”*

Em seguida a defesa repete a argumentação defensiva dispondo os argumentos em três tópicos:

“I - DA ABRAGÊNCIA DO TERMO OPERAÇÕES PRÓPRIAS PREVISTO PELO ARTIGO 3º DO DECRETO N.º 8.205 QUE INTRODUZIU O PROGRAMA DE INCENTIVO FISCAL “DESENVOLVE BAHIA”

II - DA ATIVIDADE VINCULADA DA D. FISCALIZAÇÃO E DA IMPOSSIBILIDADE DE AGIR DE FORMA DISCRICIONÁRIA

III - DA ABUSIVIDADE E DA FINALIDADE CONFISCATÓRIA DA MULTA DE OFÍCIO APLICADA”

Diz que houve flagrante alteração do critério jurídico do termo “operações próprias”, previsto pelo Artigo 3º do Decreto nº 8.205, da sua acepção juridico-tributária no RICMS/BA, e da imediata aplicação retroativa em face da Impugnante, em violação frontal às normas insculpidas nos arts. 100 e 146 do Código Tributário Nacional.

Afirma que a Autoridade Fiscal conferiu interpretação própria à norma, exercendo atividade absolutamente discricionária, sob o pretexto de observar os supostos objetivos do referido programa de incentivo fiscal.

Reafirma que inexistem dúvidas quanto ao ponto nodal da presente discussão ser a correta interpretação do termo “operações próprias” presente no art. 3º do Decreto Estadual nº 8.205/2002 e que diante da interpretação jurídica da norma instituidora do programa de benefício fiscal, resta claro que o termo “operações próprias” aludido na legislação estadual abrange todas as operações de circulação de mercadoria realizadas pelo estabelecimento da Impugnante, exceto àquelas sujeitas à substituição tributária, e não somente àquelas que tenham como objeto produtos industrializados em seu parque industrial, razão pela qual não merece prosperar este item do lançamento fiscal.

Relembra a redação do artigo 3º do Decreto Estadual nº 8.205/2002, Resolução nº 112/2006 e artigos 61, Inciso II, e 105, Inciso XI, do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia (RICMS/BA), repetindo a interpretação que defende desde a peça inicial.

Reitera que não é razoável atribuir a um termo técnico, que possui um significado corrente na legislação, outro sentido completamente diverso daquele usual sob pena de violação do comando contido no artigo 146 do Código Tributário Nacional.

Repete ser difícil, ou mesmo impossível, determinar exatamente quais produtos comercializados pela Impugnante decorreram do projeto de ampliação de seu parque industrial, e que a legislação estabeleceu pisos de ICMS a serem pagos regularmente e determinou a aplicação do benefício apenas à parcela de ICMS devida que sobejasse esse piso, sendo idealizado pela legislação sentido de que aquele piso, no caso concreto R\$ 876.865,04 até dezembro de 2007 e R\$934.606,39 a partir de dezembro de 2007, 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.

Diz que, a despeito do que pretende fazer crer a Autoridade Fiscal, o processo de industrialização envolve diversas atividades empresariais além do específico exercício da atividade fabril. Logo, muito embora o estímulo fiscal do programa DESENVOLVE seja concedido a empreendimentos industriais e agroindustriais, conforme dispõe o artigo 30 da Lei Estadual nº 7.980/2001, isto não significa que o benefício esteja indissociavelmente ligado apenas às operações de venda de produtos industrializados pela Impugnante.

Assevera que outras operações sujeitas ao ICMS são igualmente relevantes para o processo industrial e o desenvolvimento da atividade de empresas como a Impugnante, que por vezes, comercializa mercadorias vindas de outros estabelecimentos da própria empresa ou de terceiros. E destaca que essas referidas operações igualmente geram débitos de ICMS, receitas e empregos no Estado da Bahia, que não seriam criados não fossem essas atividades, diretamente vinculadas ao processo industrial da Impugnante.

Salienta que o disposto nos artigos 1º, tanto da Lei Estadual nº 7.980/2001, como do Decreto Estadual nº 8.205/2002, que enumeram os objetivos do programa 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”*.

Remata que é impossível, para a Impugnante desenvolver sua atividade industrial, objeto do programa DESENVOLVE Bahia, sem movimentar mercadorias, bens do ativo imobilizado e material de uso e consumo de outros estabelecimentos.

Entende haver demonstrado o inequívoco direito da Impugnante incluir no cálculo do benefício fiscal o ICMS recolhido nas operações de venda ou revenda de produtos não industrializados no estabelecimento incentivado.

Assegura que houve violação aos Artigos 97, 142 e 178 do Código Tributário Nacional e ao Artigo 5º, Inciso II, da Constituição Federal e reafirma que a Fiscalização conferiu sua livre interpretação aos objetivos da legislação que instituiu o programa DESENVOLVE para fundamentar o lançamento fiscal, bem como destaca doutrina de Alberto Xavier, que leciona que a Administração Fiscal é vinculada à legalidade estrita, cabendo fundamentar na lei e demonstrar a toda evidência a ocorrência ou não do fato gerador no caso concreto.

Adverte que a Fiscalização busca desqualificar os benefícios fiscais aplicados pela Impugnante, sob a alegação de que não estariam enquadrados nos objetivos do programa de incentivo à indústria.

Reitera que nem a Lei Estadual nº 7.980/2001, nem o Decreto Estadual nº 8.205/2002, nem mesmo a Resolução nº 112/2006, mencionam expressamente, que apenas as operações realizadas com mercadorias produzidas pelo próprio estabelecimento é que estariam beneficiadas pelos incentivos fiscais em questão.

Acentua que a Fiscalização, ao excluir do benefício fiscal determinadas operações mercantis, violou o Princípio da Legalidade previsto no artigo 5º, Inciso II da Constituição Federal, e o Princípio da Legalidade em Matéria Tributária, previsto no artigo 97 do Código Tributário Nacional, que reproduz.

Frisa que todo o programa DESENVOLVE estará comprometido se cada membro da D. Fiscalização passar a ser um agente verificador das finalidades do programa.

Defende que a competência para aferir se um determinado estabelecimento ou projeto pode ou não se habilitar no programa DESENVOLVE, fica a cargo do Conselho Deliberativo do programa DESENVOLVE, nos termos dos artigos 40 da Lei Estadual nº 7.980/2001 e 70 do Decreto Estadual nº 8.205/2002.

Preconiza que por se tratar de benefício fiscal oneroso, os mesmos sequer poderiam ser revogados ou ter o seu uso e gozo completamente esvaziados, sob pena de violação ao artigo 178 do CTN, que reproduz.

Mais uma vez assevera que restou comprovada a manifesta insubsistência da autuação fiscal levada a efeito pela D. Secretaria Estadual de Fazenda da Bahia.

Repetem o argumento acerca da alegação quanto à abusividade e finalidade confiscatória da multa aplicada, reiteerando os já utilizados argumentos embasados em doutrina e jurisprudência.

Concluiu haver demonstrado que os argumentos aduzidos pelos Autuantes em sua manifestação de Informação Fiscal são insubsistentes, e reitera o pedido para que seja reconhecida a insubsistência do auto de infração, e seja dado provimento integral à presente Impugnação para que seja integralmente cancelado o lançamento fiscal, para que seja determinando o imediato arquivamento do processo administrativo, sem qualquer ônus para as partes.

Os Autuantes voltam a se pronunciar às fls. 140 e 141 e insistem que na nova manifestação defensiva nada encontraram em termos de documentos e provas que pudessem modificar o opinativo já exarado por ocasião de sua informação fiscal.

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Verifico dos autos que o lançamento do crédito fiscal objeto do presente contraditório se refere a acusação de haver a Impugnante recolhido 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.

Depreendo também que o erro a que se refere a acusação fiscal foi de ter a Impetrante adotado no cálculo para definição da parcela dilatável do ICMS mensal devido, parcelas não albergadas pela Legislação do programa DESENVOLVE, (Decreto Estadual nº 8.205/2002, Instrução Normativa nº 27/09 e Resolução nº 112/2006).

Nessa esteira, acusam os Autuantes de haver a Impetrante utilizado nos cálculos as operações de compra e transferência de mercadoria para comercialização, venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, inclusive prestação de serviço, parcelas estas que foram desprezadas no recálculo objeto do levantamento do débito fiscal resultando no presente Auto de Infração sob demanda.

A defesa circunscreveu que o âmago da questão para o deslinde da celeuma inaugurada com sua impugnação, seria a interpretação do comando regulamentar constante do artigo 3º do Decreto Estadual nº 8.205/2002, que determinaria como alcançados pelo benefício da dilação do prazo de pagamento ou do desconto para pagamento à vista às operações próprias da Impugnante, pois acredita que o termo “operações próprias” se refere a todas as operações realizadas pela Autuada, e portanto não caberia a restrição imposta pelos Autuantes.

Por sua vez os Autuantes insistem que a terminologia “operações próprias” de que trata a Resolução nº 112/2006 e o Decreto Estadual n.º 8.205/2002, são aquelas relativas ao projeto de ampliação da WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE S/A, exclusivamente para produzir gases industriais, e que, portanto limitam-se às compras de matérias-primas e demais produtos utilizados para a fabricação do produto objeto do projeto de ampliação incentivada, jamais podendo alcançar as transferências de mercadoria recebidas para revenda, venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, ou contratações de prestação de serviço.

Visitando a legislação objeto da demanda, temos:

Decreto Estadual nº 8.205/2002

“Artigo 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.” (grifos nossos)

Resolução nº 112/2006

“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 concedido os seguintes benefícios:

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 1, da Tabela 1, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE.” (grifos nossos)

Como se pode observar e interpretar a *prima facie* é peremptória a conclusão de que os dispositivos acima reproduzidos querem de fato restringir o benefício fiscal, ao qual se referem, às “operações próprias” da Impugnante.

Todavia, como jamais nenhuma regra de interpretação de texto, seja ele jurídico ou não, poderia admitir de forma contrária, é preciso que se busque a cognição da norma em sua inteireza, destarte não posso olvidar de que o regramento não se refere às “operações próprias” de forma geral, mas, tão somente, a parcela desta totalidade que esteja intimamente ligada ao saldo devedor ocorrido “em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado”.

Feita essa preleção de esclarecimento inicial e adentrando a análise e avaliação dos argumentos defensivos, constato que não assiste razão à defesa quando busca se albergar sob o argumento de que o termo “operações próprias” abrange todas as operações de circulação de mercadoria realizadas pelo estabelecimento da Impugnante, pois essa interpretação só seria plausível se a norma em questão (art. 1º, inciso II da Resolução nº 112/2006 e o Art. 3º do Decreto Estadual nº 8.205/2002) não restringisse a acepção do termo “operações próprias” a parcela desta totalidade que esteja intimamente ligada ao saldo devedor em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado.

Trata-se de conclusão óbvia a de que não se pode interpretar a norma em tela restringindo a cognição quanto ao que representa isoladamente o termo “operações próprias”, como defende a Impugnante para fins de que seja prestigiada a interpretação literal, pois o que está em voga não é o significado isolado da referida terminologia e sim a conotação que a norma quis impor à mesma. Portanto, não há falar em interpretação literal que socorra aos anseios da defesa.

Afasto também os argumentos defensivos quando busca espeque em analogias sobre a utilização do multimencionado termo em outras passagens da legislação do ICMS, pois conforme o caso, pode a inteligência da norma adotar o termo “operações próprias” em sua acepção integral não lhe restringindo ou delimitando o seu universo, e esse fato não pode servir de esteio ao desiderato defensivo.

Não prospera também a alegação defensiva de que fora atribuído ao um termo técnico “operações próprias”, que possui um significado corrente na legislação, outro sentido completamente diverso daquele usual sob pena de violação do comando contido no artigo 146 do Código Tributário Nacional, pois conforme explicado não se trata de interpretação do termo, o próprio comando normativo por não aquiescer com a significado geral do termo, lhe impôs a limitação. A *contrario sensu*, caso a norma não limitasse o seu significado valeria a sua acepção geral. Portanto, a interpretação utilizada pelos Autuantes não foi deliberadamente revista para punir o contribuinte, como quis fazer entender a defesa.

Não admito como crível que a Impugnanante, empresa de grande porte, tenha qualquer dificuldade em determinar exatamente quais produtos comercializados decorreram do projeto de

ampliação de seu parque industrial, portanto não posso aquiescer com esse argumento também, sobretudo considerando que se não dominasse essa competência, não poderia ter obtido a habilitação para usufruir do benefício em tela.

Os pisos do ICMS a serem pagos regularmente é um dos parâmetros para que se apartem os débitos de ICMS gerados antes da ampliação segundo o projeto incentivado, do delta gerado a apartir dos investimentos incentivados. A limitação quanto as parcelas de “operações próprias” para o cálculo refere-se ao outro parâmetro que restringe o incentivo aos produtos fabricados na planta industrial objeto do programa DESENVOLVE. O primeiro refere-se a exclusão do que a empresa vinha recolhendo e o segundo a circunscrição a apenas ao que a empresa produz em função do projeto incentivado.

Assim, não assiste razão a defesa quanto a mais este argumento de que apartado o valor do piso base de recolhimento estariam albergadas pelo benefício todas as demais operações da empresa.

No mesmo sentido, a alegação de que os débitos de ICMS da venda de mercadorias produzidas pela Impugnante, em alguns meses sequer atingiu o piso em questão, em nada pode ajudar a defesa, pois não importa o quanto à empresa produziu e sim o que foi definido na resolução que lhe habilitou para o benefício quanto ao piso a partir do qual faria jus ao mesmo. Resta, portanto, inviabilizado esta arguição.

É evidente que as outras operações sujeitas ao ICMS apesar de igualmente relevantes para empresas industriais como a Impugnante, que às vezes comercializa mercadorias vindas de outros estabelecimentos da própria empresa ou de terceiros, e a despeito de gerarem também débitos de ICMS, receitas e empregos no Estado da Bahia, e que não seriam criados não fossem essas atividades, não estão no contexto do Decreto Estadual nº 8.205/2002 e da Resolução nº 112/2006, pelo simples e inafastável motivo de que não foram abarcados pelas referidas normas. Deste modo é absolutamente inócua essa observação da defesa.

Assim sendo, concluo que não houve violação ao Princípio da Legalidade previsto no artigo 5º, Inciso II da Constituição Federal, e ao Princípio da Legalidade em Matéria Tributária, previsto no artigo 97 do Código Tributário Nacional.

Deste modo, não há falar em ultraje à competência do Conselho Deliberativo do programa DESENVOLVE, nos termos dos artigos 40 da Lei Estadual nº 7.980/2001 e 70 do Decreto Estadual nº 8.205/2002, como também dos artigos 4º, § 1º da Lei Estadual nº 7.980/2001 e 7º, inciso I, do Decreto Estadual nº 8.205/2002, pois a atividade fiscal foi laborada em plena e competente subsunção da norma expedida por aquele órgão aos fatos narrados na peça vestibular.

Nesse diapasão é de fácil conclusão que não houve agressão a direito adquirido da Impugnante para usufruir os benefícios fiscais sobre todas as suas “operações próprias”, pois toda a atividade fiscal se processou sob a égide do 142 do CTN; 4º, § 1º da Lei Estadual nº 7.980/2001 e 7º, inciso I, do Decreto Estadual nº 8.205/2002 e Resolução nº 112/2006.

Quanto a alegação de que nos cálculos da parcela incentivada realizadas pelos Autuantes foi esquecido de efetuar algumas exclusões de débitos/ créditos de ICMS, incidente sobre operações que não são realizadas com produtos industrializados no estabelecimento incentivados, como por exemplo: créditos de CIAP, compras complementares, outras entradas, etc, conforme se depreende das planilhas apresentadas pela defesa, verifiquei que os Autuantes fizeram a revisão dos cálculos e confirmei que nada foi encontrado que repercutisse em redução do quanto lançado, conforme demonstrado esmiuçadamente na informação fiscal e bem como do relatório.

Em relação às arguições de impugnação da multa aplicada, seja pela alegação de abusividade, seja por questionamento de inconstitucionalidade, seja por seu pretenso caráter confiscatório, devo externar que a exação está fundamentada na Lei 7.014/96, e por isso, foge do âmbito de competência deste tribunal administrativo o enfrentamento de questões que encontrem sustentação na legislação em tese.

Quanto ao pedido de que toda intimação seja encaminhada ao endereço da Impugnante, descrito

no início da presente impugnação e que as intimações sejam publicadas, exclusivamente, em nome dos advogados ALESSANDRA BITTENCOURT DE GOMENSORO, inscrita na OAB/RJ sob o nº 108.708 e PATRÍCIA BRESSAN LINHARES, inscrita na OAB/BA sob o nº 21.278, devo advertir que a despeito de ser possível atender este pleito, a negativa não acarretará nulidade desde que a intimação seja efetuada nos termos do art. 108 do RPAF/BA.

Voto, destarte, pela procedência deste Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269190.3003/16-6**, lavrado contra a empresa **WHITE MARTINS GASES INDÚSTRIAS DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.464.545,76**, acrescido da multa 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2018.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR