

PROCESSO - A. I. Nº 271330.0001/06-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BRASKEM S/A.
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0276-05/06
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 05/01/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0497-11/06

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA BAHIAPLAST. PRODUTOS PETROQUÍMICOS BÁSICOS. SAÍDAS DE INDÚSTRIA DE SEGUNDA GERAÇÃO DESTINADAS À EMPRESAS TRANSFORMADORAS DE PLÁSTICO (TERCEIRA GERAÇÃO). UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITOS FISCAIS POR ESTABELECIMENTO NÃO INCLUÍDO EM REGIME ESPECIAL DEFERIDO PELA SEFAZ. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou provada a alegação do impugnante, ou seja, houve omissão da Administração Pública quando da concessão do “regime especial” ao não incluir no Anexo Único que o integra a unidade industrial de 2ª geração do impugnante, precisamente a PROPPET, pois, na forma como foi concedido, implicitamente ela somente poderia estar incluída. Não acolhida a tese dos autuantes de que o silêncio do autuado em não denunciar o erro existente implicou em aceitação das condições em que o regime especial foi concedido, com base no art. 111, do Código Civil e que ele se configurou “caso típico de silêncio qualificado, operando o efeito jurídico de anuência” já que o autuado, diante do art. 907, II, do RICMS/97 poderia ter solicitado a inclusão da PROPPET no questionado regime especial. No caso, caberia a Secretaria da Fazenda, quando detectou o fato, legalmente sanar o erro que, e inclusive, não é fato gerador de qualquer tributo. **Recurso NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente PAF traz Recurso de Ofício interposto pela 5ª JJF em face do Acórdão JJF nº 0276-05/06, que julgou Improcedente o Auto de Infração lavrado em 21/3/2006 para exigir o imposto no valor de R\$5.191.011,61, acrescido da multa de 60%, em decorrência do recolhimento a menos do ICMS por erro na apuração dos seus valores nos exercícios de 2004 e 2005, tendo sido consignado pelos autuantes que a apuração a menos do imposto nas importações de mercadorias tributadas se deu pelo fato de terem sido incluídas, no abatimento autorizado pelo regime especial concedido através do processo nº 215892/2004-3, as saídas com diferimento (BAHIAPLAST) para o contribuinte PROPPET (Inscrição Estadual nº 44.873.257), contribuinte este não contemplado pelo citado regime especial.

A 5ª JJF decidiu pela improcedência do referido Auto de Infração pelas razões a seguir demonstradas.

Em primeiro destacou a 5ª JJF que o Estado da Bahia através do programa de incentivo fiscal denominado BAHIAPLAST - Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica (Lei nº 7.351/98) concedeu diferimento do ICMS na importação de matérias-primas para utilização na fabricação de produtos petroquímicos básicos destinados à venda para empresas de segunda geração, objetivando evitar o acúmulo de crédito fiscal. Dessa

forma, concedeu o benefício fiscal às saídas de produtos promovidas pelas indústrias de segunda geração e destinadas às empresas transformadoras do plástico, denominadas indústrias de terceira geração.

Nesse âmbito é que foi lavrado o referido Auto de Infração, sob a acusação de recolhimento a menos do ICMS decorrente da utilização indevida de créditos fiscais, uma vez que incluiu, nos abatimentos autorizados pelo regime especial concedido através do processo nº 215892/2004-3, as saídas com diferimento ao contribuinte PROPPET (Inscrição Estadual nº 44.873.257), que não havia sido incluído no referido Regime Especial.

A 5ª JJF demonstrou um sumário dos fatos “provados e/ou relatados no presente processo” e que não foram contestados, conforme segue:

Em 18/11/2004, a empresa autuada requereu regime especial junto à SEFAZ (fls. 184/188) visando gozar dos benefícios fiscais concedidos através do BAHIAPLAST, informando que existe um acúmulo de crédito fiscal, segundo transcrição abaixo:

*Esse acúmulo de crédito gerado pela **BRASKEN S.A.** decorre entre outros do fato de que na qualidade de **indústria de 1ª geração**, ou seja, Central Petroquímica, adquire seu principal insumo de produção o Condensado e a Nafta Petroquímica, sendo este último tanto nacional quanto importada, com incidência do ICMS a alíquota de 17% e comercializa os produtos derivados da industrialização deste insumo com as empresas de 2ª geração, ou seja, as empresas produtoras de resinas – Polibrasil, Politenos, Polialden, bem como suas próprias unidades industriais de 2ª geração (antiga OPP, PROPET e Nitrocarbono) além de suas próprias vendas para indústrias de 3ª geração (transformadores), todas amparadas pelo benefício explicitado acima que lhes garante às saídas internas das unidades da requerente ao abrigo do diferimento. (fl. 185)*

Prosseguindo, a empresa assim arremou o seu pedido:

*Diante dos fatos e do direito acima expostos, a requerente vem solicitar a essa douta Diretoria a permissão para importar Nafta Petroquímica e Condensado com diferimento do ICMS no montante do ICMS diferido no mês imediatamente anterior a importação, como se destacado fosse, sobre todas as saídas internas de seus estabelecimentos regularmente inscritos como contribuintes no Estado da Bahia de petroquímicos básicos destinados às indústrias de 2ª geração (incluindo as unidades da requerente) bem como das saídas de petroquímicos intermediários destinados às indústrias de 3ª geração (transformadores) beneficiados pelo diferimento de que trata o Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica – **BAHIAPLAST**.*

*O diferimento praticado pela Brasken para as empresas de 2ª geração será realizado, por sua vez, na proporção equivalente ao montante do ICMS também diferido no mês anterior pelas referidas empresas nas saídas de petroquímicos intermediários destinados às indústrias de 3ª geração (transformadores) beneficiadas pelo diferimento de que trata o Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica – **BAHIAPLAST**.*

O processo nº 21589/200443 foi encaminhado à SAT/DPF/GEINC, órgão desta Secretaria de Fazenda que atua no segmento de mercado onde se encontra inserida o autuada, havendo pronunciamento pelo DEFERIMENTO, sem ressalvas, do pedido formulado, devolvendo-se o processo à DITRI, que, por sua vez, encaminhou o pedido à IFEP objetivando análise e pronunciamento quanto às cláusulas do Regime Especial a ser concedido para as empresas de 2ª geração, “incluindo as unidades da Requerente”, e indicou que elas seriam as identificadas no anexo único da referida concessão. Neste anexo foram identificadas as empresas Politenos Indústria e Comércio S/A, Polibrasil Resinas S/A, com suas inscrições estaduais e a Brasken S/A, sem a informação de qualquer inscrição estadual, conforme documentos à fls. 189 e 190.

Em 27/12/2004, a IFEP/Metro emitiu Parecer favorável, sem ressalvas, pelo deferimento do pedido formulado e sugeriu o teor da concessão do regime especial, com base em informações transmitidas via correio eletrônico, em 17/12/2004, pelo Sr. Inspetor Fazendário. No Anexo Único foram identificadas as mesmas empresas, porém a Brasken S/A (Autuada) foi desdobrada por

inscrição estadual das suas unidades industriais (fl. 192), não constando, dentre estas, a unidade PROPPET.

Em 28/12/2004 (fls. 193/196) foi emitido o Parecer Final pela DITRI concedendo o Regime Especial nos termos propostos pela IFEP/Metro.

Em 11/2/2005 a empresa foi devidamente cientificada da concessão (fl. 195 e 196), passando a usufruir do benefício concedido a partir de janeiro de 2005, conforme comunicações enviadas à IFEP/Metro. No decorrer do ano a IFEP/Indústria, juntamente com os autuantes, monitorou mensalmente a utilização dos créditos fiscais na forma concedida. Os fatos aqui narrados constam dos autos (fls. 7/115 e 136/146) e foram trazidos pelos prepostos fiscais para embasarem o lançamento tributário. A 5ª JJF ressaltou que em todos os Pareceres emitidos pelos autuantes para o Supervisor Fazendário do Setor de Indústria, nos meses de setembro a dezembro, ficou registrado que a PROPPET não consta do Anexo Único da concessão do Regime Especial e que a situação deveria ser “regularizada na forma da legislação tributária” e/ou “na forma avençada pela SEFAZ e a Requerente” (fls. 13, 39/40, 55, 69/70, 86, 94/95, 104 e 114).

Em 21/11/2005 por orientação desta Secretaria de Fazenda, conforme relatou o defendente, a empresa apresentou novo pedido, desta vez para a inclusão da sua unidade industrial PROPPET, atualmente denominada Brasken S/A – Unidade Produtora de Teraftalato de Polietileno – PET (fls. 118/121). Tal pedido encontrava-se pendente até a data em que foi realizada a sessão em que se votou acerca do presente PAF, conforme demonstrativo às fls. 248/249.

O Auto de Infração foi lavrado em 21/3/2006.

A relatoria da 5ª JJF destacou que em suas razões de defesa, o autuado trouxe questão importante para a Decisão da lide, invocando o chamado *princípio da correlação entre o pedido e a sentença*, aplicado subsidiariamente ao processo administrativo fiscal, conforme comando do art. 180, do RPAF/99. Diante dos fatos expostos e provados (princípio da verdade material), a empresa autuado incluiu em sua petição a unidade industrial de 2ª geração, denominada PROPPET, atual PET, (fl. 152). Por fim, estabeleceu os limites do seu pedido indicando, novamente, que nele estavam incluídas suas unidades industriais de 2ª geração e que já haviam sido identificadas (fl. 164).

Dentro destes limites é que a Secretaria de Fazenda, por obrigação e através dos seus órgãos competentes, deveria ter apreciado o pedido em sua totalidade. Nesta apreciação, poderia aceitá-lo totalmente ou em parte, a depender dos interesses e questões legais envolvidas para concessão do benefício fiscal, porém sempre motivando o porquê da não aceitação, pois, na realidade, tem ela caráter de sentença, na medida em que afeta intrinsecamente a atividade do contribuinte, impedindo-o legalmente, a depender da Decisão, de agir ou não agir. Além do mais, sem a motivação torna-se comprometido o princípio da ampla defesa, pois o contribuinte fica impedido de tomar conhecimento dos fundamentos que levaram a Administração Pública a adotar a sua posição.

Assim, a 5ª JJF entendeu que o pedido foi aceito em sua totalidade, pois todos os Pareceres emitidos foram pelo deferimento do pedido formulado, sem qualquer ressalva. No Parecer Final emitido pela DITRI com base naquele feito pela IFEP/Indústria, embora consigne que a empresa solicitou o regime especial para as indústrias de 2ª geração, **no Anexo Único do Regime Especial onde deveriam constar todas as empresas envolvidas, foi omitida a PROPPET sem, contudo, explicitar qualquer motivação para tal.**

Em busca da verdade material, a 5ª JJF por duas vezes baixou os autos em diligência. Na primeira, o Sr. Supervisor de Indústrias II (fl. 218) não declinou o motivo da não inclusão da empresa com inscrição estadual nº 44.873.257 no Regime Especial concedido. Apenas informou que na mensagem de correio eletrônico (*e-mail*) transmitido pela empresa, quando da confecção das condições acordadas para sua concessão, o autuado não a havia mencionado, anexando cópia deste *e-mail* aos autos, o que não se configura como motivação para que a Administração Pública denegue um pedido formal formulado. Embora um *e-mail* trocado entre as partes interessadas possa servir como norte para a tomada de Decisão, ela tem que ser tomada com base no pedido formal formulado. Assim, a omissão da empresa neste e-mail não justifica a omissão

existente no regime especial concedido.

Os autos foram, novamente, baixados em diligência. Desta vez à DITRI, com o mesmo pedido, ou seja, que fosse esclarecido, objetivamente, o motivo da não inclusão da empresa com inscrição estadual nº 44.873.257 no citado Regime e conforme peticionado pelo impugnante. Em resposta, aquela Diretoria mostrou-se impossibilitada de se pronunciar a respeito do motivo que ocasionou a não inclusão do estabelecimento identificado pela I.E. nº 44.873.257 (PROPPET) no Regime Especial concedido através do Parecer GECOT nº 10853/2004, uma vez que coube à IFEP/Metro a especificação dos estabelecimentos beneficiários.

Em vista de tais situações, resta provada a alegação do impugnante, ou seja, houve omissão da Administração Pública quando da concessão do referido regime ao não incluir no Anexo Único do Regime Especial concedido a sua unidade industrial de 2ª geração denominada PROPET, pois, na forma como foi concedido, presume-se que estaria incluída. Assim sendo, a 5ª JJF não concordou com a posição dos autuantes no sentido de que o silêncio do autuado em não denunciar o erro existente implicou em aceitação das condições de concessão do regime especial, com base no art. 111 do Código Civil, ou seja, caso típico de “*silêncio qualificado, operando o efeito jurídico de anuência*”, já que o autuado, diante do teor do art. 907, II, do RICMS/97, poderia ter solicitado a inclusão da PROPPET no questionado Regime Especial.

Caberia à Secretaria de Fazenda, quando detectou o fato, em setembro de 2005, legalmente, sanar o erro que, inclusive, não é fato gerador de qualquer tributo. E, caso houvesse algum impedimento legal para assim proceder, ao contribuinte deveria ter sido dada a oportunidade de quitar o débito espontaneamente. Este procedimento não consta provado nos autos.

Para consolidar o entendimento da JJF, o Relator valeu-se de casos análogos já ocorridos em julgamentos pretéritos realizados neste Conselho de Fazenda, envolvendo questões relativas à concessão de regime especial (Acórdão nº 0186-11/02 da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal e Acórdão nº 0176-21/02 da Câmara Superior), cuja Decisão da Câmara Superior está consubstanciada no voto transcrito, em parte, abaixo:

Acórdão nº 0176-21/02 da Câmara Superior, referente à Recurso de Revista interposto pelos autuantes:

VOTO

(...)

No mérito devemos inicialmente analisar a questão da nulidade trazida pelos recorrentes e contestada de alguma forma pelo contribuinte.

Antes de nos manifestarmos sobre esta questão devemos fazer um breve relato sobre fatos que considero importantes para o deslinde deste aspecto.

O tema em discussão como vimos cinge-se, do ponto de vista material, sobre o item referente a “Venda de vasilhames, cobradas através de nota de débito, conforme levantamento contábil, sem a emissão de documento fiscal”

Citado no presente processo, creio ser de fundamental importância além da descrição da infração, que anteriormente fizemos, buscarmos entender o que ocorreu com o contribuinte ao longo da sua relação com o fisco baiano. Para tanto solicitei o referido Processo que tem o nº 04191/98 (006008/2001-0) e do qual retirei os seguintes dados:

*A empresa autuado inicia a comercialização dos seus produtos em 11 de setembro de 1997 e em 03 de março de 1998 ingressa com um pedido de Regime Especial onde **descreve como realiza suas operações por ocasião da retirada dos produtos no que diz respeito a vasilhames, caixas, paletes e divisórias e que, durante o processo normal de produção, são tidas como quebradas, trincadas, avariadas etc.***

Em seu pedido solicita um tratamento diferenciado para emissão de uma “nota de débito” através da qual pretende se ressarcir de parte destas perdas.

Anexa ao pedido o entendimento do Fisco Paulista e que fora objeto de uma consulta como também um Documento que lhe concedeu um Regime Especial (Consulta CAT-CT nº 790/96 e

DRT 4 – nº 3.421/97) sobre o mesmo assunto, tendo o Estado de São Paulo manifestado-se favoravelmente ao modo de agir da empresa. Anexa também uma minuta de Circular endereçada aos Distribuidores onde descreve como pretende agir.

Em 05 de março de 1998, dois dias, portanto, após o recebimento, o Processo é encaminhado a um Auditor Fiscal da própria Inspeção e este emite um Parecer onde conclui:

“atendendo ao disposto no art. 901 §3º. Do RICMS/97 opinamos favorável concessão do regime pleiteado, registrando que não identificamos possibilidade de prejuízo à Fazenda Pública Estadual ou eventuais dificuldades de controle fiscal em função da sistemática proposta.”

Este opinativo foi **ratificado pelo então Inspetor** de Alagoinhas bem como pelo o Sr. Delegado que o encaminhou ao órgão técnico – GECOT - DITRI, nestes termos: “encaminhe-se ao GAB/DAT através da GECOT/DITRI, para análise e emissão de Parecer conclusivo, ao tempo em que **opinamos pelo deferimento.**”

O aludido órgão técnico considera “indispensável o Parecer de uma gerência especializada em operações mercantis ligadas ao segmento em questão no caso a Gerência de Bebidas - Gerib” que por sua vez conclui: **“entendemos que ao substituir os produtos avariados e posteriormente cobrar dos distribuidores, o ressarcimento dos prejuízos obtidos, não importando a forma (se por rateio ou de maneira direta) , a empresa está, na verdade, realizando uma operação de venda, e como tal deve ser emitida uma nota fiscal para cada distribuidor. Não cabendo a emissão de Notas de Débito, torna-se desnecessário o pedido de regime Especial.”**

Estamos em 16 de junho de 1998.

Em retorno a DITRI, esta, em 05 de janeiro de 1999 faz retornar o processo a DERE/Alagoinhas para que “seu titular emita opinativo final sobre o pleito, já que a posição da GERIB gira em torno do indeferimento do pleito por entender desnecessário o regime especial”.

A informação seguinte que surge no PAF é o encaminhamento pelo Inspetor da INFAZ Alagoinhas “conforme solicitado”, para a DAT - Norte. Este fato ocorreu em 21 de julho de 2000.

Em 05 de julho de 2000 de acordo com o PAF que agora analisamos, o contribuinte é intimado pelo Auditor Wagner Ruy de Oliveira Mascarenhas para apresentar livros e documentos fiscais inclusive sobre “o procedimento adotado na saída de vasilhames, destinados à reposição daqueles descartados como refugo, recebidos quando da chegada dos caminhões das Revendas para puxada de cerveja - período de 1997 e 1998.

Seguem-se outras intimações agora assinadas também pelo Auditor Fiscal José Macedo de Aguiar e dirigida inclusive a outras empresas onde solicita informações sobre a venda de garrafas no período acima referido”.

Voltemos ao PAF em que é feito o pedido do Regime Especial. Em trâmite pela DAT/Norte encontramos uma informação do Auditor Fiscal Carlos Henrique Campos de Oliveira integrante da Gerência do Setor de Indústria onde afirma que após tomar conhecimento informal do Parecer da GETRI, requisitou o PAF para prestar “mais alguns esclarecimentos a cerca do pedido” e concluiu: “já que os produtos foram remetidos para os distribuidores em momento anterior ao conhecimento de quanto lhe cabe no rateio dos bens avariados, resta a requerente a emissão de uma Nota Fiscal simbólica de venda contra seus distribuidores , com destaque do ICMS, visando regularizar a situação. Saliente-se que a emissão da nota fiscal de venda ficará restrita aos produtos cobrados de seus distribuidores. Para aqueles produtos avariados em que o ônus recaia para ... , esta deverá emitir uma nota fiscal de estorno de crédito. Os distribuidores deverão emitir uma Nota Fiscal de venda para, discriminando na coluna quantidade o mesmo número de produtos que lhe fora cobrado na Nota Fiscal simbólica de venda aludida no parágrafo anterior, e no campo que especifica o produto destacar que trata-se de bens imprestáveis para o uso, atentando

para a legislação em vigor. Regulariza-se , desta maneira, a escrituração de seu estoque e viabiliza-se o crédito fiscal para a ..., tornando a mesma apta a compensar com o débito resultante da posterior saída dos produtos avariados, concorrendo desta maneira para manutenção do princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS.”

Estamos em 10 de outubro de 2000.

O PAF é remetido pelo então Gerente do Setor Indústria a INFAZ de Alagoinhas, para conhecimento e considerações.

Em 06 de novembro de 2001 a empresa encaminha à mencionada gerência um “adendo” a ATT. do Sr. Carlos Henrique Campos de Oliveira, onde expõe e requer o seguinte “ ao invés da emissão de nota de débito na forma pretendida num primeiro momento , a requerente entende que possa haver a emissão de Nota Fiscal de venda simbólica, aplicando-se a legislação vigente quanto às operações de venda de bens do ativo fixo, inclusive quanto ao estorno do crédito. Ou seja, na alienação de bens do ativo fixo, seria aplicável o artigo 21, §1º, da Lei Complementar nº 87/96, com as alterações posteriores, sendo não tributada a operação e devido o estorno relativo a entrada do bem “explica também a inviabilidade da exigência de emissão também pelos clientes da requerente de nota fiscal de venda simbólica e que não se responsabilizaria pelo cumprimento de tal obrigação por parte de seus clientes. Conclui firmando interesse “em, alternativamente, ao procedimento de emissão de nota de débito, caso seja o entendimento deste r. órgão, adotar Regime Especial para a emissão de Nota Fiscal de venda simbólica, de acordo com a legislação vigente, e nos termos acima expostos”.

Pelo direcionamento adotado pela empresa é crível que a mesma tenha tomado conhecimento do Parecer do Sr. Auditor.

Em seguida há um Parecer circunstanciado feito pela INFAZ de Alagoinhas onde opina no sentido de que a requerente deve adotar procedimentos diversos quando tratar-se de saída de bem do ativo permanente, com prazo inferior ou igual a uma ano de uso no próprio estabelecimento e saída de bem do ativo permanente com mais de um ano de uso no próprio estabelecimento. Encaminha seu opinativo a GECOT em 21 de novembro de 2000.

Embora encaminhado ao Auditor Fiscal Carlos Henrique em 27.11.2000 o documento acostado ao PAF corresponde a uma informação prestada pelos Auditores Wagner Mascarenhas e José Macedo de Aguiar onde declaram dentre outras coisas que estão desenvolvendo ação fiscal no próprio contribuinte e concluem : “pelo exposto , entendemos que todas as vendas efetuadas aos distribuidores devem ser tributadas normalmente pelo ICMS já que têm finalidade de venda e não de incorporação ao ativo fixo da pleiteante.”

Nos encontramos em 25 de janeiro de 2001.

Surge pela primeira vez no PAF cópias de “ Nota de Débito – Ressarcimento de Perdas” emitidas pelo contribuinte solicitante.

19 de março de 2001, em nova informação o Sr. Gerente do Setor de Indústria ratifica a opinião do Agente de Tributos Eduardo César da Silva Costa pelo indeferimento do pleito requerido e encaminha a Gecot/Ditri

Em seguida passa a integrar o PAF uma petição de autoria do contribuinte, porém sem assinatura, dirigida a Inspetoria de Fiscalização Especializada A/C Sr. Carlos Henrique em que a empresa faz um “histórico da operação”, e pontua os seguintes temas : “objeções apresentadas pela Fazenda”, “da contabilização de vasilhame no ativo fixo” ; “da substituição dos vasilhames danificados “ e já se referindo especificamente à fiscalização comenta a respeito da “alienação por preço superior ao de aquisição” .

Em 27 de março de 2001 o processo é encaminhado aos auditores José Macedo e Wagner Mascarenhas para reanálise.

Observamos que o Auto de Infração em julgamento foi lavrado em 30 de março de 2001.

Em anexo a esta cópia de controle do Sistema há uma informação com data de 04 de abril de 2002, prestada pelos Auditores Wagner Mascarenhas e José Macedo, onde, após repetirem todo o Parecer anterior (emitido em 25 de janeiro de 2001) acrescentam : “quanto ao pleito de regime especial para emissão dos documentos fiscais correspondentes – firmada a condição de operação tributada – acreditamos que à mesma pode ser dispensada a condição facilitadora , considerando que a contagem/aplicação de índice de perda quanto aos vasilhames avariados é uma etapa posterior ao carregamento e saída dos produtos de estabelecimento do fabricante. Desse modo , sugerimos ao órgão normatizador que se manifeste no sentido de estabelecer um padrão de procedimentos para todo o sistema de bebidas frias quanto a comercialização de vasilhames, na forma que segue: a) as notas fiscais deverão ser emitidas com destaque do imposto; b) a fabricante poderá emitir apenas um documento fiscal por mês para cada distribuidor, totalizando o montante das operações do período; c) o fabricante deverá manter, anexo ao documento fiscal emitido, cópia das totalidades dos recibos emitidos contra cada revendedor, para o mesmo período”

Há também um outro Parecer intermediário onde os referidos Auditores após análise e comentários à semelhança da manifestação anterior encaminham à Diretoria de Tributação. Antes porém o Coordenador Hélio Liogi se manifesta: “o Auditor Fiscal indefere o pedido , pois entende que as vendas de vasilhames efetuadas aos distribuidores devem ser tributadas normalmente pelo ICMS, já que tem finalidade de comercialização e não de incorporação ao Ativo Fixo, conforme justifica em seu Parecer. Encaminhamos o presente para as providências cabíveis. Envio a DITRI , estamos em 02 de maio de 2002.

Consideramos importante a descrição do PAF que solicitou o Regime Especial para que tenhamos uma idéia do imbróglgio que ele representa, não tendo sido inclusive até hoje concedido ou negado.

Creio que a simples leitura dos acontecimentos que rondaram este “pedido de regime especial” já seria suficiente para entendermos que efetivamente o contribuinte após descrever a sua conduta inclusive anexando procedimento já adotado em outro Estado não poderia sofrer uma ação fiscal que lhe infligisse como o fez, um Auto de Infração. Neste ponto concordamos com a conclusão da Cons. Sandra Urânia quando em seu voto assim se expressa:

“Observe-se, ainda, que o mais grave é o fato de que a repartição fazendária responsável pela análise preliminar do Regime Especial – no caso a IFEP – como determina o art. 901, §3º, do RICMS/97 - não se pronunciou sobre o mesmo, muito embora o referido diploma regulamentar citado determine um prazo de 10 dias para a emissão de opinativo formal preliminar em pedido de regime especial, deixando-o inerte por exatos 3 anos (sic), quiçá aguardando o julgamento do presente PAF por parte deste CONSEF, já que o lançamento de ofício foi efetuado à revelia do fato de inexistir, até aquele momento, resposta ao referido Regime, em uma atitude reprovável e desidiosa, em relação a qual não pode este Conselho de Fazenda “fechar os olhos”.

Lembre-se que o direito de peticionar é garantia individual amparada na Constituição Federal, e que a ele corresponde à obrigação de resposta por parte da Administração, o que, infelizmente, até o presente momento não ocorreu.

Comungo, como profissional, do entendimento de que a Fiscalização deve estar sempre presente, acompanhando a vida das empresas e seus procedimentos, e até mesmo antecipando-se para evitar o cometimento de práticas que importem em sonegação, através dos atos chamados evasivos da receita tributária, mas esta conduta deve estar restrita à legislação e pautar-se, de forma inequívoca, nos princípios que regem a Administração Pública, notadamente os da moralidade e da transparência que a regem.

A boa-fé do contribuinte ao expor seu procedimento ao Fisco é evidente no presente caso, e esta boa fé não deve ser olvidada pela Administração, além do mais no caso presente, em que a matéria objeto da autuação não é pacífica, pois outros Estados entendem de forma diferente e não exigem os imposto nestas operações, posição esta externada não só em

consultas, regimes especiais, mas também em julgamentos proferidos por tribunais administrativos em relação a autuações impostas a contribuintes estabelecidos em outras unidades da Federação, que exercem atividades idênticas à do contribuinte autuado.

Tenho, portanto, de acordo com o pensamento expresso que a ação fiscal desenvolveu-se de forma irregular ou no mínimo atentatória ao princípio da moralidade administrativa pois não é possível crermos que possuidor das informações cedidas espontaneamente pelo contribuinte possam ela servir num primeiro momento como objeto de autuação.

Não há no PAF documento comprobatório que foi dado ao contribuinte a oportunidade de quitar o débito espontaneamente.

Somos, portanto, pela decretação da nulidade no que concerne ao item 1 desta autuação devendo o contribuinte após tomar conhecimento do resultado do pedido de Regime Especial formulado, cumprir o determinado naquele documento no prazo legalmente estabelecido ou submeter-se, a seu tempo, a uma ação fiscal. Assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

Por todo o exposto e considerando que o contribuinte agiu de boa-fé, pois, em seu pedido de concessão do regime especial está expresso, de forma clara, a inclusão de todos os seus estabelecimentos regularmente inscritos como contribuintes deste Estado e, também, que o autuado não foi informado à época de que um dos estabelecimentos não havia sido incluído no aludido regime especial e, o mais grave, não foi apresentado pela SEFAZ qualquer fato impeditivo ou justificativa para a exclusão deste estabelecimento no multicitado regime, a 5ª JF decidiu pela Improcedência do Auto de Infração em tela, em Decisão unânime, e recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF. Foi dada a devida ciência aos autuantes e ao autuado e encaminhado o PAF para a segunda instância.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela da 5ª Junta de Julgamento Fiscal contra a Decisão proferida através do Acórdão JF nº 0276-05/06, que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração lavrado em 21/3/2006 para exigir o imposto no valor de R\$5.191.011,61, acrescido da multa de 60%, em decorrência do recolhimento a menos do ICMS por erro na apuração dos seus valores nos exercícios de 2004 e 2005.

A empresa autuada, BRASKEM S/A, atua no segmento petroquímico, especificamente setor de produção de plásticos, sendo classificada tecnicamente como indústria de primeira geração, devido ao fato de seu produto servir como matéria-prima para outras indústrias da cadeia produtiva do mesmo segmento, as denominadas indústrias de segunda e de terceira geração.

A referida sociedade empresária ora autuada é beneficiária do diferimento concedido através do processo nº 215892/2004-3, em virtude dos incentivos fiscais oriundos do Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica, denominado BAHIAPLAST instituído pela Lei Estadual nº 7.351/98. O Auto de Infração originou-se do fato do autuado ter incluído no abatimento autorizado pelo referido regime especial, as saídas para o contribuinte PROPET (Inscrição Estadual nº 44.873.257), o qual não está contemplado pelo citado regime especial. Vale destacar que o contribuinte PROPET é sociedade empresária incorporada e controlada pelo autuado e é classificada como indústria de segunda geração, ou seja, utiliza como matéria prima para o seu produto, os insumos adquiridos da indústria de primeira geração, no caso, o autuado.

O objetivo do diferimento instituído pelo Estado da Bahia é fomentar a indústria produtiva do plástico, contemplando também as matérias-primas importadas do exterior, conforme §1º-A do Decreto Estadual nº 7.439/98, que aprova o Regulamento do programa BAHIAPLAST.

Da análise dos autos, observo que na data de 18/11/2004, o autuado protocolou requerimento à Diretoria de Tributação da SEFAZ, pleiteando a concessão do regime especial, com o fito de proporcionar à autuada a importação de *Nafta Petroquímica* com diferimento de ICMS. Na fl. 185 dos autos, segundo parágrafo, consta a explanação acerca dos acúmulos de crédito decorrente de importação da *Nafta Petroquímica*, a qual sofre incidência do imposto à alíquota de 17% e em

seguida é comercializada com as indústrias de 2ª geração, tendo destacado o nome do contribuinte PROPET, embora sem a indicação de sua inscrição estadual.

Verifico também que o requerimento de regime especial seguiu seu trâmite, tendo sido exarados Pareceres pelo seu deferimento, conforme se observa à fl. 189 (Parecer GEINC) e fl. 191 (Parecer IFEP METRO), contendo já a sugestão do teor do instrumento do regime especial. Houve, então o Parecer final da DITRI e o respectivo deferimento do regime, cuja cópia foi acostada pelo autuado às fls. 193 a 196. Observo que no Parecer Final, à fl. 193, houve uma transcrição do requerimento do autuado, no qual está escrito que o regime especial pleiteado tem como objetivo a obtenção de benefício para importar *“matérias-primas utilizadas na produção de produtos petroquímicos básicos, destinados às indústrias de 2ª geração (incluindo as unidades da requerente) (...) com diferimento do ICMS”*. O Anexo Único do Parecer Final, elencou as unidades produtivas de 2ª geração controladas pelo autuado, indicando-as apenas como BRASKEM S/A, seguidas do número de sua respectiva inscrição estadual, contudo, deixou de inserir no referido elenco, a unidade anteriormente denominada PROPET (hoje apenas PET).

Diante deste fato, vislumbro que não houve má-fé do autuado, que requereu, desde o início, que o regime especial fosse concedido para todas as suas unidades de 2ª geração.

Destaco que nos documentos trazidos aos autos pelas partes envolvidas, não consta qualquer determinação da Fazenda Estadual para que seja apresentado detalhamento acerca de inscrições estaduais de suas unidades, nem mesmo há qualquer questionamento acerca de eventual ilegitimidade da operação comercial entre autuada e a PROPET (PET), para que não esteja tal operação de acordo com o BAHIAPLAST.

Sendo assim, diante do fato de considerar – através da análise dos elementos trazidos aos autos – que a PROPPET (PET) deixou de ser incluída no elenco de indústrias beneficiadas, por conta de um mero equívoco por parte dos órgãos da Fazenda Estadual, entendo não ser pertinente a autuação levada a efeito pelo Fisco. Portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, a fim de manter na íntegra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda Estadual, no sentido de julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 271330.0001/06-9, lavrado contra BRASKEM S/A.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE**, o Auto de Infração nº 271330.0001/06-9, lavrado contra **BRASKEM S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de dezembro de 2006.

ANTONIOFERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

GUILHERME CORRÊA DA FONSECA LIMA - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REP. PGE/PROFIS