

A. I. Nº - 271330.0001/06-9
AUTUADO - BRASKEM S/A
AUTUANTE - JORGE VICTOR GRAVE e JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 28/09/2006

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0276-05/06

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 anuênciam” 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. Auto de infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/3/2006, exige 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. Os autuantes consignaram que a apuração a menos do imposto nas importações, do exterior, 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 esse não contemplado pelo citado regime especial.

O impugnante (fls. 148/169), através de advogados, identificou-se inicialmente como pessoa jurídica de direito privado dedicada à industrialização e comercialização de produtos químicos e petroquímicos, dentre outros, utilizados no processo produtivo do plástico.

Afirmou, em seguida, que o fundamento da acusação não poderia se sustentar, pois ao contrário da acusação, a PROPPET S/A (hoje denominada Unidade Produtora de Tereftalato de Polietileno – PET) encontra-se devidamente contemplada pelo Regime Especial concedido através do processo administrativo de nº 215892/2004-3. Em sendo assim, autorizado estar a abater do ICMS devido nas

importações, das saídas com diferimento para a referida Unidade.

Objetivando demonstrar que as importações de matérias-primas objeto da autuação, utilizadas na produção do para-xileno destinado à Unidade Produtora do PET (PROPPET), estavam beneficiadas por tal regime, analisou o regime especial de diferimento do ICMS concedido pelo BAHIAPLAST - Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica, bem como, apresentou breve esboço do processo produtivo do plástico. Informou que a sua cadeia produtiva tem início com a extração do petróleo. Do seu refino são obtidos diversos produtos, dentre os quais se encontra a nafta, matéria-prima principal para as centrais petroquímicas, designadas tecnicamente como indústrias de primeira geração. Estas, através de um processo conhecido como craqueamento da nafta produzem os insumos necessários às indústrias de segunda geração, dentre os quais se inclui o para-xileno (insumo base da Unidade Produtora do PET). Por sua vez, estas últimas, através de um processo de polimerização, transformam os referidos insumos em resinas termoplásticas (onde se inclui o PET), que são fornecidas às indústrias petroquímicas de terceira geração, completando desta forma a cadeia produtiva do plástico.

Neste processo produtivo atua tanto na primeira como na segunda geração da indústria petroquímica. Na primeira, quando opera como indústria de primeira geração ou comercializa os produtos que industrializa com empresas produtoras de resinas termoplásticas (Politeno Indústria e Comércio S/A, Polibrasil Resinas S/A e Polialden Petroquímica S/A) ou os transfere para suas próprias unidades industriais de segunda geração, as antigas OPP Química S/A, Nitrocarbono S/A e PROPPET S/A, todas incorporadas pela empresa autuada. Operando como indústria de segunda geração, vende as resinas termoplásticas produzidas pelas citadas unidades industriais diretamente às empresas transformadoras de plásticos (indústrias de terceira geração).

O Estado da Bahia objetivando fomentar o desenvolvimento e a instalação de indústrias ligadas ao processo produtivo do plástico, na qual se insere, criou o programa de incentivo fiscal denominado de BAHIAPLAST, através da edição da Lei Estadual nº 7.351, de 15 de julho de 1998. Este benefício concede diferimento da tributação de toda a cadeia produtiva do plástico para as saídas do produto transformado das indústrias de terceira geração, objetivando evitar o acúmulo de crédito fiscal. Portanto, concedeu o benefício fiscal às saídas de produtos promovidas pelas indústrias de segunda geração e destinadas às empresas transformadoras do plástico (terceira geração). Destacou desta norma o benefício concedido inserto no seu art. 3º, inciso II, o transcrevendo. Informou, ainda, que a concessão do diferimento do ICMS descrito no referido artigo encontrava-se disciplinado no art. 7º, IV e §§ 1º e 1º-A, do Decreto Estadual nº 7.439, de 17/9/1998, que aprovou o regulamento do BAHIAPLAST, igualmente transcritos. E o § 1º que se reporta às operações realizadas entre as indústrias de primeira geração e as de segunda geração. Além do mais, o § 1º-A estende o diferimento do ICMS às importações de matérias-primas promovidas pelas centrais petroquímicas de primeira geração.

Em novembro de 2004, com a anuência das indústrias de segunda geração com quem comercializa, formulou pedido de regime especial, objetivando obter o diferimento do ICMS, desde a importação da nafta e do condensado, em montante correspondente ao ICMS diferido no mês anterior sobre todas as saídas internas de sua unidade produtora de petroquímicos básicos destinadas às indústrias de segunda geração, incluindo neste pedido, expressamente, suas próprias unidades produtoras de resina termoplástica. Ressaltou que deste expresso pedido, que, por si só, já inseria a unidade produtora de PET, ainda especificou, no corpo da petição, quais as unidades industriais de segunda geração para onde seriam destinados os petroquímicos básicos produzidos a partir da nafta e do condensado que se pretendia importar com diferimento.

Trazendo toda a documentação para provar o que afirmava, informou que seu pleito tramitou pelos diversos órgãos da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, tendo, todos, opinado pelo seu deferimento, conforme se verificava da leitura dos pareceres intermediários que transcreveu. Em seguida o processo foi encaminhado à DITRI para deliberação final, que o deferiu conforme formulado pela empresa, ou seja, lhe concedeu o direito de usufruir o benefício fiscal implantado

pelo BAHIAPLAST, abrangendo a totalidade das suas unidades de segunda geração.

Ocorreu, entretanto, que o texto do Regime Especial proposto através do parecer GECOT de nº 10.853/2004, aprovado pela Diretora de Tributação, remeteu a um Anexo Único a relação das unidades industriais de segunda geração para as quais seriam destinados os petroquímicos básicos produzidos com a matéria-prima importada com diferimento do ICMS, e nesse Anexo Único, por equívoco, cometido unicamente pelo Órgão Fazendário, não consta a inscrição estadual da Unidade do impugnante produtora do PET.

Observou que analisando a íntegra do processo administrativo de nº 215892/2004-3, constatou:

1. em momento algum foi intimado a especificar as inscrições estaduais correspondentes à totalidade das suas unidades de segunda geração. Esta identificação, que compôs o Anexo Único, foi feita exclusivamente pelo preposto fazendário responsável, que, por mero lapso, deixou de incluir a inscrição de nº 44.873.257, correspondente à unidade produtora do PET.

2. estava claro que o benefício foi deferido nos termos pleiteado, não havendo qualquer ressalva, seja no pleito, seja nos pareceres emitidos ao longo do processo, quanto à inclusão da unidade PROPPET no diferimento em debate.

Ressaltou ser preciso que o pedido de regime especial tivesse sido deferido em parte apenas para excluir a unidade correspondente à antiga PROPPET do diferimento pleiteado para que se pudesse concluir que essa unidade estava excluída do benefício concedido através do processo administrativo de nº 215.892/2004-3. Assim, a falta da indicação de sua inscrição estadual no Anexo Único ao Regime Especial configura-se como um mero erro material da Secretaria da Fazenda, até porque, não haveria nenhum fundamento em deixar a mencionada unidade industrial fora do citado Anexo Único, visto que as operações realizadas por ela se enquadram totalmente no escopo do BAHIAPLAST.

No decorrer da fiscalização, foi informado, pois até então desconhecia, da referida omissão. Diante disto, com o objetivo de evitar quaisquer distorções por parte dos prepostos fiscais e elucidar os fatos, buscou orientação junto à Inspetoria Fazendária, que o orientou a formalizar petição para que o erro fosse sanado. Em 23/11/2005, a protocolou, pautando-se não apenas na orientação da própria Secretaria da Fazenda, como também na sua boa-fé, pois acreditava estar apenas buscando o saneamento do erro. Ocorre que foi surpreendido com a lavratura do Auto de Infração, que afirmou ser atitude no mínimo imprudente dos autuantes, visto que eles se apegaram a um mero formalismo para concluir que as saídas com diferimento para a unidade PROPPET estavam fora do alcance do diferimento concedido pelo benefício do BAHIAPLAST. Observou que se os auditores fiscais não tivessem se concentrado unicamente ao texto do Anexo Único do Regime Especial teriam constatado que a falta de indicação da inscrição da unidade produtora de PET tratou de mero erro material cometido pela própria Administração Pública, não podendo a empresa ser penalizada em razão de tal equívoco. Entendeu que os prepostos fiscais negligenciaram na busca da verdade material, fazendo breve dissertação sobre esta matéria além de desprezarem o princípio da correlação entre o pedido e a sentença, aplicado subsidiariamente ao processo administrativo fiscal por força do art. 180 do Decreto nº 7.629/99, pois não se pode admitir que, sendo a "sentença" totalmente favorável ao "Autor", parte do seu pedido não tenha sido acolhida. Ou seja, se o pedido de regime especial foi deferido em sua integralidade não se podia concluir que a Unidade produtora de PET havia sido excluída do âmbito daquela decisão, apenas porque o Anexo Único, por um mero erro material, não indicou expressamente a sua inscrição estadual.

Por tudo que expôs, requereu a improcedência da autuação.

Os autuantes ao prestaram sua informação fiscal (fls. 204/208) iniciaram fazendo algumas considerações sobre a teoria do ato jurídico, objetivando fixar a natureza do ato de concessão de regime especial. Com estes comentários, afirmaram que os elementos caracterizadores do ato

jurídico - manifestação da vontade, licitude e produção de efeitos jurídicos imediatos estão presentes no ato administrativo. Assim, concluíram que o “regime especial é um ato jurídico administrativo, emanado como manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, sendo ato unilateral, ou seja, de manifestação não-receptícia”. Precisamente, é espécie do ato jurídico, que se configura como negócio jurídico.

Em vista do que expuseram, adentraram no mérito da autuação, apresentando as seguintes considerações:

1. uma simples petição do contribuinte não autoriza um comportamento, já que é necessária a emissão, por parte do Poder Público, de ato que conceda ou negue o seu pedido, que se dará nos limites da conveniência e oportunidade da Administração Pública. E desta forma foi concedido o regime especial, através do processo nº 215.892/2004-3, limitando o benefício às inscrições expressamente relacionadas no Anexo Único do aludido Regime Especial;
2. a comunicação da concessão do regime especial foi realizada na forma do art. 904 do RICMS/97, tendo o parecer final sido apensado no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termo de Ocorrências em 11/2/2005, sem a inclusão de todos os contribuintes constantes de sua petição. O autuado silenciou, não fazendo uso do direito de pedir averbação da inscrição não contemplada no regime especial concedido, conforme consta no art. 907, II da Norma Regulamentar;
3. este silêncio configurava aceitação das condições em que o regime especial foi concedido, conforme determina o art. 111 do Código Civil. Como a empresa poderia ter expressado sua não concordância dos termos da concessão do Regime Especial (art. 907, II, do RICMS/97), ele configurava caso típico de silêncio qualificado, operando o efeito jurídico de anuência da exclusão da Propet (Inscrição Estadual nº 44.873.257) do benefício fiscal requerido.

Informaram, a seguir, que o impugnante somente manifestou intenção de modificar o que foi estabelecido no regime especial concedido em 23/11/2005, quando apresentou processo autônomo (nº 207.064/2005-0), onde requereu a inclusão do contribuinte PROPPET na relação do Anexo Único do regime especial concedido.

Ratificaram a ação fiscal.

Os autos foram baixados em diligência à IFEP Indústria para que fosse esclarecido o motivo da não inclusão da empresa com inscrição estadual nº 44.873.257 no Regime Especial concedido naquela oportunidade e conforme peticionado pelo impugnante (fl. 213).

O Sr. Supervisor de Indústrias II daquela Inspetoria (fl. 218) esboçou seu posicionamento a respeito da situação e não declinou o motivo da não inclusão da empresa com inscrição estadual nº 44.873.257 no questionado regime especial concedido. Informou, em seguida, que no e-mail transmitido pela empresa, quando da confecção das condições acordadas para sua concessão, o autuado não a havia mencionado. Anexou cópia deste e-mail aos autos (fls. 219/221).

Chamado para tomar conhecimento da informação prestada pela IFEP Indústria (fl. 222), o defensor manifestou-se (fls. 224/241). Inicialmente fez um breve relato das razões defensivas apresentadas, o pedido formulado por esta JJJF e da resposta dada pelo Sr. Supervisor da IFEP Indústria. Em seguida, sob o título de “Da prevalência da verdade material sobre erro meramente formal já sobejamente esclarecido”, novamente expôs todos os argumentos expressos em sua inicial e atacou os esclarecimentos prestados pelo Sr. Supervisor Fazendário afirmando que ele não respondeu a questão formulada por esta JJJF. Limitou-se a apresentar correspondência eletrônica pela empresa encaminhada à Secretaria da Fazenda antes da formulação do parecer final emitido pela DITRI, onde, por mero lapso, foi omitida da minuta a inscrição estadual nº 44.873.257 do Anexo Único. Observando que um documento não oficial não pode prevalecer sobre aquele oficial, ou seja, o pedido formalmente feito, afirmou que este erro material nunca foi negado pela empresa. O fato concreto é que ela havia requerido o benefício com relação às

saída de todas as suas unidades de segunda geração tendo, inclusive, mencionado a PROPPET. No seu entender, seria necessário que o seu pleito fosse deferido em parte, com a motivação expressa, para que a referida unidade não fosse contemplada com o benefício.

Trazendo jurisprudência e expressando seu entendimento de como os autuantes, bem como o Sr. Supervisor Fazendário, deveriam ter se posicionado em relação à situação e diante do princípio da verdade material que norteia os atos administrativos, requereu a improcedência da autuação.

Os autos foram baixados, novamente, em diligência objetivando que fosse esclarecido o motivo da não inclusão da empresa com inscrição estadual nº 44.873.257 no Regime Especial concedido e conforme peticionado pelo impugnante. Desta vez à DITRI (fl. 245).

A Gerência de Consulta e Orientação Tributária da Diretoria de Tributação desta Secretaria de Fazenda apresentou o seguinte parecer (fls. 250/251):

1. ao solicitar a concessão de Regime Especial, o autuado não identificou de forma específica (através do CNPJ, razão social e/ou inscrição estadual) quais os estabelecimentos que seriam alcançados pela sistemática proposta, limitando-se a solicitar, de forma genérica, a aplicação do benefício do diferimento do imposto, conforme constava à fl. 187 dos autos;
2. a relação dos estabelecimentos a serem alcançados pelo Regime Especial pleiteado foi incluída no processo (Anexo Único com a razão social e inscrição estadual das empresas) em momento posterior pela IFEP/Metro, quando de seu pronunciamento formal pelo deferimento do pleito (Parecer às fls. 191/192);
3. Assim, “ao emitir seu pronunciamento final no tocante à concessão do Regime Especial pleiteado, a GECOT/DITRI acompanhou a informação prestada pela IFEP/Metro para efeito de definição dos estabelecimentos que seriam incluídos na sistemática proposta, não cabendo a esta Diretoria verificar eventuais equívocos cometidos quando do levantamento dos estabelecimentos beneficiários do citado Regime, principalmente considerando a ausência de identificação clara dos mesmos no pedido inicial”.

Após relatar tais fatos, disse que aquela Diretoria estava 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.

Por fim, quanto ao processo posteriormente protocolado pela Autuada sob o nº 207.064/2005-0, para inclusão do estabelecimento ora em lide no Regime Especial, informou que o mesmo encontra-se até o presente momento sob análise da IFEP/Metro, mais especificamente da IFEP/Indústria (Supervisão), conforme atestava o extrato do SIPRO que apensou às fls. 248/249 dos autos.

Em 2/8/2006 o representante legal da empresa solicitou à este Colegiado vistas do processo, o que foi concedido e recebeu cópia do Parecer emitido pela DITRI (fl. 252).

VOTO

O Estado da Bahia através do programa de incentivo fiscal denominado de 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 2º geração, objetivando evitar o acúmulo de crédito fiscal. Portanto, concedeu o benefício fiscal às saídas de produtos promovidas pelas indústrias de segunda geração e destinadas às empresas transformadoras do plástico, denominadas de terceira geração.

Dentro deste escopo é que foi lavrado o presente Auto de Infração, já que a empresa é acusada de ter recolhido a menos o 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.

Antes de adentrar na questão da lide, entendo necessário fazer um sumário dos fatos provados e/ou relatados no presente processo e que não foram contestados.

Em 18/11/2004, a empresa autuada requereu regime especial junto a esta Secretaria de Fazenda (fls. 184/188) visando gozar dos benefícios fiscais concedidos através do BAHIAPLAST. Neste pedido, ao se pronunciar sobre os fatos pertinentes para a sua concessão textualmente se expressou:

*Esse acumulo de crédito gerado pela BRASKEN S.A. decorre entre outros do fato de que na qualidade de **industria de 1^a 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 2^a geração, ou seja, as empresas produtoras de resinas – Polibrasil, Politeno, Polialden, bem como suas próprias unidades industriais de 2^a geração (antiga OPP, PROPET e Nitrocarbono) além de suas próprias vendas para industrias de 3^a geração (transformadores), todas amparadas pelo benefício explicitado acima que lhes garante ás saídas internas das unidades da requerente ao abrigo do diferimento.*

E quando do seu pedido, disse:

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 ás industrias de 2^a geração (incluindo as unidades da requerente) bem como das saídas de petroquímicos intermediários destinados ás indústrias de 3^a 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 2^a 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 ás indústrias de 3^a geração (transformadores) beneficiadas pelo diferimento de que trata o Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica – BAHIAPLAST.

Por fim concluiu:

Que a Inspetoria de Grandes Empresas, repartição fazendária a que está vinculada a requerente, receba o pedido de regime especial, e verifique a inexistência de prejuízo á fazenda estadual que possa advir em função do pleito efetuado e de eventuais dificuldades ou impedimentos de controle fiscal.

Que o Ilmo. Sr. Diretor de Tributação conceda o regime especial, permitindo á requerente a importação de Nafta Petroquímica com diferimento de ICMS nos termos e formas especificadas no presente pedido.

Em 26/11/2004, a DITRI/GECOT encaminhou o processo nº 21589/200443 á SAT/DPF/GEINC, órgão desta Secretaria de Fazenda que atua no segmento de mercado onde se encontra inserido o

autuado, para análise o pronunciamento.

Em 29/11/2004 aquele Órgão Fazendário se pronunciou pelo deferimento, sem ressalvas, do pedido formulado e devolveu o processo á DITRI.

Em 30/11/2004 a DITRI encaminhou o pedido á IFEP objetivando análise e pronunciamento quanto ás cláusulas do Regime Especial a ser concedido para as empresas de 2^a 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 Politeno Indústria e Comércio S/A, Polibrasil Resinas S/A, com suas inscrições estaduais e a Brasken S/A, sem as inscrições estaduais.

Estes fatos estão provados ás fls. 189/190 dos autos.

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 foi desdobrada por inscrição estadual, onde sua unidade industrial PROPPET não consta.

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

Em 11/2/2005 a empresa tomou ciência desta concessão (fl. 196) e em janeiro de 2005 começou a usufruir do benefício concedido, conforme comunicações enviadas à IFEP/Metro. Ao longo deste ano a IFEP/Indústria juntamente com os autuantes monitoraram, mensalmente, a utilização destes créditos na forma concedida. Estes fatos constam dos autos (fls. 7/115 e 136/146) e foram trazidos pelos prepostos fiscais para embasarem o lançamento tributário. Ressalto que em todos os pareceres emitidos pelos autuantes para o Supervisor Fazendário do Setor Indústria, nos meses de setembro dezembro, é acusado 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, e não contestado, a empresa apresentou novo pedido, desta vez para a inclusão da sua unidade industrial PROPET, atualmente denominada de Brasken S/A – Unidade Produtora de Teraftalato de Polietileno – PET (fls. 118/121). Este pedido encontra-se até hoje pendente de resposta conforme hard copy do Sistema de Tramitação de Processo desta Secretaria (fls. 248/249).

Em 21/3/2006 é lavrado o Auto de Infração.

Em suas razões de defesa, o impugnante trouxe questão que considero importante para a decisão da lide, ou seja, argüiu 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 autuada incluiu, expressamente, em sua petição (direito garantido constitucionalmente) a sua unidade industrial de 2^a geração, denominada PROPPET, atual PET, para usufruir do benefício pleiteado, não havendo a necessidade de declinar a razão social e a inscrição estadual conjuntamente. Em seu pedido final indicou, novamente, que nele estavam incluídas suas unidades industriais de 2^a geração e que já haviam sido identificadas. Ou seja, estabeleceu os limites do seu pedido.

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, o impedindo legalmente, a depender da decisão, de agir ou não agir. Além do mais, sem a

motivação compromete-se o princípio da ampla defesa, pois o contribuinte fica impedido de tomar conhecimento dos fundamentos que levaram a Administração Pública a tomar esta ou aquela posição.

Pois bem, todos os pareceres emitidos foram pelo deferimento do pedido formulado, sem qualquer ressalva, o que se subentende que o pedido foi aceito em sua totalidade. 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 2^a 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, está 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 no 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. Este, em qualquer momento, não é motivo 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, esta 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 destas 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 unidade industrial de 2^a geração do impugnante, precisamente, a PROPPET, pois, na forma como foi concedido, implicitamente ela somente poderia estar incluída. E, neste sentido, não posso concordar com a posição 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 teor do art. 907, II, do RICMS/97, poderia ter solicitado a inclusão da PROPPET, atual PET, no questionado Regime Especial. Também, e na situação, não tem pertinência a discussão de que um regime especial é ato jurídico administrativo unilateral, de “manifestação não-receptícia”.

No caso, caberia a Secretaria de Fazenda, quando detectou o fato em setembro de 2005, legalmente, sanar o erro que, e inclusive, não é fato gerador de qualquer tributo. E, caso houvesse algum impedimento legal a assim proceder, no mínimo deveria ter dado ao contribuinte a oportunidade de quitar o débito espontaneamente. Este procedimento não consta provado nos autos.

Para consolidar este meu entendimento, valho-me 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 1^a Câmara de Julgamento Fiscal e Acórdão nº 0176-21/02 da Câmara Superior), cuja decisão da Câmara Superior está consubstanciada no voto abaixo, cujo fragmento destaco e observo que foi omitido o nome da empresa envolvida:

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 autuada 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 Inspetoria 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 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 DEREF/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 circunstaciado feito pela Infaz de Alagoínhas 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 Inspeção 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 imbróglio 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 impostos 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 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, o autuado, 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, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 271330.0001/06-90, lavrado contra **BRASKEM S/A**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS – PRESIDENTE/RELATORA

CLAUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR