

**PROCESSO** - A.I. Nº 279100.0001/00-6  
**RECORRENTE** - WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE S/A  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 2578/00  
**ORIGEM** - INFAZ CAMAÇARI  
**INTERNET** - 04.04.03

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO CJF Nº 0116-11/03

**EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS.** Comprovada a realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Decisão modificada. Revisão fiscal corrige os valores do levantamento. **2. BASE DE CÁLCULO. a) TRANSFERÊNCIAS ABAIXO DO CUSTO DE PRODUÇÃO.** A base de cálculo não deverá ser inferior ao custo da mercadoria, quando produzida ou fabricada pelo próprio estabelecimento. Infração comprovada. **b) ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. c) OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL.** Infrações “b” e “c” parcialmente subsistentes. **3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) CRÉDITO EXTEMPORÂNEO NAS AQUISIÇÕES DE BENS PARA O ATIVO IMOBILIZADO, ANTERIORES A NOV/96. b) FALTA DE ESTORNO QUANDO DA DESINCORPORAÇÃO DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO.** Infrações caracterizadas. **c) MATERIAL DE USO E CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO.** Infração parcialmente subsistente. Infração subsistente. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/07/2000, exige o ICMS de R\$ 3.789.269,80, em razão:

1. da falta de recolhimento do imposto no valor de R\$ 516.313,66, decorrente das operações de saídas de mercadorias sem documentação fiscal, detectadas por levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria, nos exercícios de 95/97, conforme documentos às fls. 18 a 125;
2. da transferência interna abaixo do custo de produção, nos exercícios de 95/96, com imposto exigido de R\$ 19.068,17, conforme documentos às fls. 126 a 264;
3. da utilização indevida e extemporânea de crédito fiscal de ICMS, em outubro/97, referente as aquisições, anteriores a nov./96, de bens para o ativo imobilizado, no valor de R\$ 1.553.407,57, conforme demonstrativos às fls. 265 e 266;
4. da falta de estorno de crédito fiscal de ICMS, em out/97, no valor de R\$ 1.696.251,55, relativo a aquisição de bens para o ativo imobilizado, objeto de desincorporação antes de decorrido o prazo de um ano, conforme demonstrativo às fls. 266 a 283;

5. da utilização indevida de crédito fiscal, referente a aquisições de material para uso e consumo do estabelecimento (água potável), nos meses de março a setembro/95, no montante de R\$ 722,77, consoante demonstrativo à fl. 284 do PAF;
6. do recolhimento a menor do imposto, no valor de R\$ 1.712,14, nos meses de mai/95, jan. e jun/96, maio e set./97, decorrente de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme planilha à fl. 285 dos autos;
7. da falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 1.619,93, nos meses de fev. e dez./96, maio e ago/97, decorrente de operações tributáveis como não tributáveis, conforme anexo às fls. 286;
8. falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 174,01, em função do cancelamento irregular da Nota Fiscal n.º 1012, em dez./96, conforme anexo à fl. 287. Tudo consoante documentos constantes às fls. 288 a 618 dos autos.

O autuado, em sua impugnação de fls. 625 a 634, inicialmente reconhece e recolhe, integralmente, a exigência relativa ao tem 08 e, parcialmente, as exigências inerentes aos itens 06 e 07 do Auto de Infração, conforme DAE à fl. 1003 dos autos. Contudo, impugna as demais infrações, em razão de:

1. quanto ao levantamento quantitativo procedido, item 01, alega a existência de método empírico que não conduz a uma certeza plena de que todos os documentos fiscais, por produto, foram vistos e incluídos nas planilhas. Ressalta a impossibilidade da existência da suposta “omissão de saídas”, uma vez que as saídas de nitrogênio e oxigênio utilizadas no seu processo produtivo não foram consideradas no levantamento quantitativo de estoque efetuado pelo autuante;
2. relativo às transferências internas abaixo do custo de produção, cita Súmula do STJ e diversos acórdãos no sentido de demonstrar que o ICMS não incide sobre tais operações de transferências, por não haver lucro nem mudança da titularidade da mercadoria;
3. referente a utilização indevida de crédito fiscal de bens do ativo imobilizado adquiridos antes da Lei Complementar 87/96, alega que o direito a tal crédito é outorgado pela Constituição Federal, a partir do ano de 1989. Reforça seu entendimento invocando o princípio da não-cumulatividade, o qual, segundo o recorrente, deve creditar-se de todo ICMS que incidiu na aquisição de bens e mercadorias, independentemente da destinação que lhes vier a dar. Assim, atribui que a Lei Complementar 87/96 afrontou à Carta Magna, na medida em que só admitiu o referido direito ao crédito do ICMS a partir da sua vigência;
4. inerente a falta de estorno do crédito fiscal relativo aos bens do ativo imobilizado desincorporados antes do prazo de um ano, aduz não haver qualquer descumprimento à norma legal. Cita o art. 19 da L/C 87/96, o qual dispõe que o imposto é não-cumulativo, como também o art. 21, cujo seu entendimento é de que o estorno do imposto é em relação aos ativos utilizados para a produção de mercadorias, cuja saída resulte de operações isentas ou não tributadas. Ressalta que ao desincorporar debitou-se, integralmente, do imposto, logo, nada mais justo, creditar-se do imposto cobrado em operações anteriores;
5. no tocante a utilização indevida de crédito fiscal referente a água potável, tida como material de uso e consumo do estabelecimento, alega o recorrente tratar-se de água tratada quimicamente pelo fornecedor, tornando-a clarificada, servindo para evitar corrosão e incrustação de sólidos dissolvidos nos equipamentos industriais, sendo imprópria para consumo humano, enquadrada no conceito de produto intermediário e, portanto, com direito ao crédito do imposto;

6. referente ao recolhimento a menor do imposto decorrente de erro na determinação da base de cálculo das saídas de mercadorias, demonstra a existência de Notas Fiscais complementares de n.º 851 e 176, relativas a maio/95 e jan./96, conforme fls. 974 a 977. Quanto ao valor remanescente de R\$ 1.672,12, foi reconhecido e recolhido, conforme DAE à fl. 1003;
7. inerente a falta de recolhimento do imposto em razão de operação tributável como não tributável, apresenta Notas Fiscais complementares de n.º 1811, 251 e 2209, com destaque do imposto, conforme documentos às fls. 978 a 988. Quanto ao valor remanescente de R\$ 678,00, relativo a Nota Fiscal n.º 1257, foi reconhecido e recolhido, conforme DAE à fl. 1003;

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 990 a 999, salienta que a impugnação das cinco primeiras infrações o recorrente, a despeito do seu inconformismo, não acosta qualquer documentação comprobatória de suas alegações, pois, praticamente toda a documentação apresentada, fls. 638 a 988, é constituída pelo próprio Auto de Infração e seus respectivos demonstrativos que foram entregues ao autuado. Ressalta que o defendente, no que tange às infrações 2, 3 e 4, só argüi matéria de direito, onde considera a legislação do ICMS e a Lei Complementar n.º 87/96 como inconstitucionais e violadoras do princípio da não-cumulatividade. Já para as infrações 6 e 7 apresenta documentação comprovando que efetuou complementação parcial do imposto não recolhido. Em relação à parte que não houve a complementação do imposto, bem como em relação à infração 8, recolhe o montante do imposto beneficiando-se da redução da multa.

A seguir tece comentários, individualizando as infrações, destacando que o levantamento quantitativo de estoque foi realizado fundamentado nas planilhas, nas quais estão consignados todos os cálculos realizados, sendo que o impugnante não aponta qualquer vício ou anexa qualquer documento que lastreie suas alegações. Registra que o material foi previamente apresentado e discutido com o autuado, o qual foi intimado, documento à fl. 483, a manifestar-se sobre todos os levantamentos. Ressalta que o levantamento fiscal referiu-se aos estoques de Oxigênio Líquido e Nitrogênio Líquido, produtos acabados, considerando-se tão-somente as produções finais efetivas registradas dos referidos produtos e integrantes das planilhas de custo apresentadas pela empresa, conforme documentos de fls. 300 a 324, contrariando, dessa forma, todas as alegações da defesa. Tece considerações técnicas sobre o processo produtivo.

Acerca das transferências internas abaixo do custo, o autuante reitera que o recorrente não aponta qualquer erro nos levantamentos, apenas investindo contra a legislação por entender que a transferência de produtos não constitui fato gerador do ICMS e que nossa legislação seria inconstitucional, contrariando entendimento dos tribunais. Contudo, contraditoriamente, tributa todas as notas fiscais de transferência, evidentemente, com base de cálculo inferior à devida, e credita-se do ICMS relativo as entradas transferidas para seu estabelecimento, conforme documentos às fls. 339, 340, 342 e Anexos 04-A e 04-B. Por fim, invoca o art. 70, § 5º e o art. 72, inciso II, do RICMS/89, como também o art. 53, I e o art. 56, II, “d”, do RICMS/96, vigente à época, onde determina que as transferências dentro do Estado da Bahia não podem ser inferior ao custo da mercadoria produzida.

Quanto ao crédito indevido de ICMS referente a aquisição de bens para o ativo permanente aduz que o autuado levantou todas as aquisições de fevereiro/95 a outubro/96 (ICMS normal, Diferencial de Alíquotas e Importação) e lançou como crédito extemporâneo no livro Registro de Apuração do ICMS, em outubro/97, conforme documento à fl. 360, por entender que a L/C 87/96 e a legislação infraconstitucional contraria a Carta Magna, independentemente da destinação que lhes vier a ser dada (revenda, uso, consumo, ou integração no ativo fixo).

A respeito da falta de estorno de créditos fiscais dos bens do ativo imobilizado desincorporados antes do prazo de um ano, esclarece que o autuado creditou-se do ICMS normal e do diferencial de alíquotas das referidas aquisições, inerentes ao período de novembro/96 a outubro/97, conforme fls. 359 a 393 e planilhas 06-A e 05-A, não estornando o crédito fiscal. Destaca que o autuado não escritura os CIAPs ou realiza qualquer outro controle sobre os créditos de ativo fixo. Cita que o art. 21, § 5º, da lei complementar é bastante esclarecedor sobre a obrigação do estorno dos créditos referentes a bens do ativo permanente alienados antes de decorrido o prazo de cinco anos da data de sua aquisição, hipótese em que o estorno será de vinte por cento por ano ou fração que faltar para completar o quinquênio. Ressalta que sensível a esses abusos de utilizarem os créditos integrais e não realizarem nenhum controle ou quaisquer estorno de crédito superveniente nas hipóteses previstas, o legislador editou a Lei Complementar nº 102/2000, alterando a técnica deste crédito, diferindo-o, observando-se as condições impostas.

Finalmente, inerente a utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento, esclarece o autuante tratar-se de água potável, e não de água clarificada como afirma o autuado, a qual é consumida com fins não industriais, como em bebedouro, refeitórios, banheiros, etc., constituindo-se em autêntico produto de uso e consumo.

#### VOTO DO RELATOR DA 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

*“Da análise das peças processuais, verifica-se que o recorrente reconhece e recolhe, integralmente, a oitava infração e, parcialmente, a sexta e sétima infração, recolhendo os valores remanescentes, cujas impugnações parciais foram devidamente comprovadas. Assim, a lide se restringe unicamente aos itens 1 a 5 do Auto de Infração, os quais emito meu juízo de valor, nos seguintes termos:*

*Relativo a omissão de operações de saídas apuradas através de levantamento quantitativo de estoques nos exercícios de 1995/1997, conforme Anexos 1 a 3-B, o recorrente tece alegações sem, contudo, apresentar nenhum documento de forma a contradizer a auditoria realizada, a qual efetivou-se sobre os estoques de produtos acabados, considerando-se as produções finais, e não sobre os produtos em processo industrial, contrariando, dessa forma, todas as alegações da defesa de que as saídas de nitrogênio e oxigênio, utilizadas no seu processo produtivo, não foram consideradas no levantamento quantitativo de estoque efetuado pelo autuante. Portanto, mantém-se integralmente a exigência original.*

*Quanto as transferências de produtos com preço inferior ao custo de produção, no período de jan./95 a out./96, o contribuinte cita Súmula do STJ e diversos acórdãos no sentido de demonstrar que o ICMS não incide sobre tais operações de transferências, por não haver lucro nem mudança da titularidade da mercadoria. Porém, contraditoriamente, tributa as transferências, ainda que com base de cálculo inferior à devida. A legislação, à época dos fatos, determinava que a base de cálculo não seria inferior ao custo da mercadoria quando produzida ou fabricada pelo próprio estabelecimento, conforme art. 31, inciso II, da Lei n.º 4.825/89. Assim, estou convicto do acerto deste reclamo, ressaltando que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, nem a questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.*

*Inerente a utilização indevida e extemporânea de crédito fiscal de ICMS referente as aquisições de bens do ativo imobilizado anteriores a Lei Complementar nº 87/96, descabe a alegação do autuado onde atribui que a Lei Complementar nº 87/96 afrontou à Carta Magna, na medida em que só admitiu o referido direito ao crédito do ICMS a partir da sua vigência, oportunidade que invoca o princípio da não-cumulatividade, uma vez que não compete a este foro a declaração de inconstitucionalidade.*

*No tocante a falta de estorno do crédito fiscal relativo aos bens do ativo imobilizado desincorporados antes do prazo de um ano, o art. 21, § 5º, da lei complementar, à época, determina o estorno dos créditos de vinte por cento por ano ou fração que faltar para completar o quinquênio, referentes aos bens do ativo permanente alienados antes de decorrido o prazo de cinco anos da data de sua aquisição. Portanto procede a exigência deste item.*

*Acerca da utilização indevida de crédito fiscal de material para uso e consumo do estabelecimento, com exceção da Nota Fiscal nº 12459, à fl. 961, todas as demais tratam de água potável. Assim, aceito os argumentos do autuante de que a mesma é consumida com fins não industriais, como em bebedouro, refeitórios, banheiros, etc., caracterizando-se produto de uso e consumo. Portanto, fica subsistente em parte, no valor de R\$ 682,90, a exigência da infração 05, após a exclusão da referida nota fiscal, relativa ao mês de abr/96, cujo ICMS devido passa a ser de R\$ 90,58 (Anexo à fl. 284).*

*Sobre as infrações 6 e 7, erro na determinação da base de cálculo e operações tributáveis como não tributáveis, o contribuinte comprovou a satisfação de parte das exigências através da emissão de notas fiscais complementares, antes da ação fiscal, remanescendo os valores de R\$ 1.672,12, relativo aos meses de jun/96, mai/97 e set/97, da sexta infração, conforme documentos às fls. 973 a 977, e R\$ 678,00, relativo ao mês de dez/96 da sétima infração, conforme documentos às fls. 978 a 988.*

*Do exposto, voto o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE no valor de R\$ 3.788.247,98, após as reduções relativas as infrações 5, 6 e 7.”*

Devidamente intimado a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal que exarou o Acórdão nº 2578 pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe, o contribuinte inconformado impetrou o presente Recurso Voluntário, com documentos, apensados aos autos às fls. 1016 a 1213. Entretanto, no supramencionado Recurso Voluntário, o recorrente se insurge sobre o item 1 do Auto de Infração, alegando que houve omissão no levantamento feito pelo auditor autuante sobre a saída de oxigênio e nitrogênio, que implicariam em modificação no levantamento constante do lançamento de ofício. Traz à lide demonstrações, cita e transcreve a Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça. Quanto aos itens 2, 3, 4 e 5, o recorrente repete os mesmos argumentos constantes da sua defesa impugnativa. Deixo de transcrevê-los para não ser repetitivo e por economia processual. Conclui o contribuinte esperando que o Recurso Voluntário seja conhecido e provido, para o fim específico de reformar a r. Decisão ora recorrida, julgando Improcedente e insubsistente o Auto de Infração lavrado, por consubstanciar cobrança de crédito tributário e penalidade pecuniária indevidos.

A PROFAZ se pronunciou sugerindo diligência, dado a argumentação utilizada pelo recorrente ser eminentemente técnica, solicitando que seja esclarecido se existiram as omissões no levantamento feito pelo autuante e caso existentes, que sejam feitas as adequações necessárias. Encaminhado por este relator à diligência foi deferida pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

A ASTEC forneceu Parecer de nº 0250/2001, fls. 1219 a 1225, com a seguinte conclusão:

*“Restou constatado que o autuado produz nitrogênio e oxigênio em estados líquido e gasoso, obtidos a partir da atmosfera. A produção do nitrogênio e do oxigênio, estado líquido é armazenada em tanques para, posteriormente ser comercializada através de caminhões. No caso do nitrogênio e do oxigênio, em estado gasoso, a produção é planejada com base em contratos de cotas de fornecimento celebrados com outras empresas situadas no Pólo Petroquímico de Camaçari e o abastecimento é realizado através de gasodutos.*

*Havendo a necessidade de uma cota extra por parte dos clientes, além daquela contratada, a informação chega automaticamente ao centro de controle da produção do estabelecimento do autuado que, de forma também automática, transforma o nitrogênio e/ou oxigênio armazenado em estado líquido para o estado gasoso e, posteriormente, são transferidos para os gasodutos, visando atender a demanda extra. A cada quantidade de nitrogênio e/ou oxigênio em estado líquido, transformada em estado gasoso, o sistema informatizado produz um lançamento de controle interno denominado Movimento de Estoque (ME), para dar baixa no estoque de nitrogênio e/ou oxigênio líquido e registrar a produção dos respectivos gases.*

*Em outras palavras, num primeiro instante, num determinado setor da unidade produtiva, o autuado produz nitrogênio e oxigênio líquido e armazena em tanques, para posterior comercialização através de caminhões. Em outro setor, o autuado produz nitrogênio e oxigênio gasoso, de acordo com as cotas contratadas, para fornecimento a outras empresas através de gasodutos. Num segundo momento, havendo a necessidade de consumo extra de gases por parte dos clientes, o sistema transforma o nitrogênio líquido armazenado em nitrogênio gasoso lança um ME no relatório de Controle de Produção e Estoque.*

*O levantamento fiscal tomou por base as saídas de nitrogênio e oxigênio em estado líquido, entretanto, não levou em consideração a produção de nitrogênio e de oxigênio (por vaporização), bem como a saída posterior dos respectivos gases.*

*No caso, a auditoria de estoques foi realizada com base apenas na produção e nas saídas de nitrogênio e oxigênio em estado líquido, sem levar em conta a baixa do estoque decorrente da transformação em estado gasoso e posterior transferência para os gasodutos.*

*Com efeito, esta assessoria entende que há a necessidade de realizar novo levantamento fiscal envolvendo, além da produção e saídas de nitrogênio em estado líquido, as baixa de estoques através dos meses, a produção e saídas de nitrogênio e oxigênio em estado gasoso, acrescida da vaporização do nitrogênio e do oxigênio armazenados em estado líquido.*

*Assim sendo, considerando a necessidade de estender o levantamento fiscal a outros produtos que não foram objeto da autuação, esta assessoria entende que tal procedimento não pode ser objeto de diligência fiscal.*

*Desta forma, concluímos que a omissão no levantamento fiscal não se corrige apenas com a inclusão dos meses, uma vez que há a necessidade de verificar se aqueles lançamentos estão corretos, mediante o confronto com a quantidade de gases produzida, acrescida das quantidades vaporizadas, com as saídas através de gasodutos com documento fiscal (traz anexado Laudo Técnico produzido por White Martins)”.*

*Foi dado vistas ao autuado e ao autuante, este se pronunciou as fls. 1230 a 1236, nos termos sinteticamente reproduzidos abaixo:*

*“Traz demonstração de baixa de estoque através de ME (m<sup>3</sup>) e observa que o diligente em sua peça à fl. 1220, item 2., 2º §, coleciona que o contribuinte quando questionado sobre a possibilidade de comprovar suas alegações de que os MEs referiam-se a vaporização, não o fez, apenas limitando-se a tecer explicações que lhe convinha.*

*A sua conclusão pauta-se, exclusivamente, nas informações prestadas pelo diligente sem qualquer prova de que os indigitados MEs destinam-se, de fato, a vaporização-transformação de produtos líquidos em gasosos ou se são efetivas saídas sem nota fiscal;*

*Diz que para o diligente chegasse a qualquer conclusão deveria:*

- a) levantar os MEs de saída, a caso existentes;
- b) verificar nos próprios Livros de Controle de Produção e Estoque (LPCE) apresentados se, de fato, correspondiam às alegadas entradas de produtos vaporizados;
- c) se acaso houvesse as entradas na conta de produtos vaporizados, relacionar todas essas entradas, bem como os MEs de entrada de **produtos líquidos**;
- d) subtrair os MEs de entrada de produtos líquido apenas dos MEs de saída objeto das entradas na conta de produtos vaporizados;
- e) confrontar os valores de produção líquida efetiva constante das planilhas de custo apresentadas e consideradas no Levantamento Quantitativo. Somente se essas produções informadas fossem numericamente igual aos MEs de entrada de produtos líquidos e se, de fato, houvesse MEs de saída em valores numericamente iguais aos MEs de entrada de produtos vaporizados é que o diligente poderia concluir que houve omissão desses específicos MEs de saída correspondente a produto vaporizados e não presumir que houve falhas no levantamento quantitativo. Se acaso constasse essa falha – falta de inclusão de MEs de produto vaporizados-transformado não computado nas produções efetivas - haveria simplesmente que subtrair os MEs de saída correspondente a produto vaporizado das omissões de saídas apuradas. Sem necessidade de elabora-se qualquer outro Levantamento de Estoque.

*Se as alegações do recorrente e a conclusão a que chegou o ilustre diligente fossem consistentes não haveria qualquer omissão a ser apurada. Ao revés, adotando aquelas alegações como premissas verdadeiras, demonstramos, por absurdo, que se chega a valores de omissões de entrada estapafúrdias inteiramente inconcebíveis.*

*Diante de tudo, vê-se que a pretensão do ilustre recorrente resta insubsistente, visando tão somente desconfigurar a realidade dos fatos e no mesmo diapasão, peço vênias para considerar inaplicável a espécie a conclusão exarada pelo colega diligente, devendo a infração ser em sede do “Recurso” julgada Procedente.*

*Se, entretanto, este Egrégio Conselho entender que as alegações do recorrente não se restam infrutíferas, infundadas, procrastinatórias como demonstrado, solicito realização de perícia fiscal para que a verdade prevaleça, pois esse é o nosso compromisso.”*

A PROFAB à fl. 1241 verso, entende necessário que o ilustre diligente da ASTEC se manifeste nos autos sobre o quanto assevera o auditor autuante.

A ASTEC retornou aos autos fornecendo novo Parecer de nº 0214/2002, com a seguinte conclusão:

*“Como se pode observar, o autuado considera que o levantamento fiscal com base apenas na movimentação de estoques de nitrogênio e oxigênio em estado líquido, sem levar em conta o consumo interno para produção de gases de nitrogênio e de oxigênio, bem como as saídas de nitrogênio em estado gasoso, estaria incompleto.*

*Por ora, a questão a suscitar refere-se ao nível de confiabilidade que se pode atribuir aos registros de controle de produção e estoque emitidos pelo autuado, denominados de Movimento de Estoque – ME, onde constam lançadas as baixas de estoque, as quais teriam como destino o consumo interno da planta (resfriamento e vaporização).*

*Considerando que os fatos a que se referem às alegações do contribuinte reportam-se aos exercícios de 1995 a 1997 e que os únicos registros de baixa de estoque são aqueles que constam dos relatórios ME, entendem a ASTEC que cabe aos conselheiros apreciar se aquelas saídas devem ou não ser consideradas no levantamento quantitativo, uma vez que tal fato implica em juízo de valor.*

*Não obstante o que foi exposto, tendo o autuado sido intimada a comprovar através de quaisquer livros ou documentos que tais operações efetivamente existiram, nada mais foi apresentado a esta Fiscalização. No caso do consumo interno, o autuado apresentou apenas os lançamentos de controle interno denominados de MEs (Movimento de Estoques). Em relação às vendas através de gasodutos, a defendente diz que não localizou as notas fiscais relativas àquelas operações.*

*Assim, sendo, a considerar como confiáveis os controles de produção e estoque emitidos pelo autuado, o levantamento fiscal estaria incompleto, vez que as baixas de estoque corresponderiam às saídas de nitrogênio e/ou de oxigênio para consumo interno. Caso este Conselho delibere que faltam elementos para atestar a existência daquelas operações, há de se considerar como não comprovadas as alegações defensivas.”*

Foi aberto vistas à fl. 1251 ao recorrente e ao auditor fiscal. Contudo, o recorrente não se pronunciou, tendo o supervisor à fl. 1254, encaminhado o PAF para o auditor fiscal Sr. Sérgio Cabral Liberato de Mattos, para tomar ciência em virtude do auditor autuante Sr. Carlos Alberto Gomes da Silva não mais fazer parte dos quadros da SEFAZ.

Às fls. 1255 a 1346 o auditor Sérgio Liberato forneceu Parecer, analisando a defesa x informação fiscal e promoveu a revisão fiscal a partir da análise da documentação acostada ao PAF e verificações, no estabelecimento, dos documentos fiscais e controles auxiliares, apresentados pelo autuado, tais como: Livros de controle da produção e do estoque, movimento de estoque, relatórios de produção, notas fiscais e planilhas com o levantamento dos MEs, relativos aos exercícios de 1995, 1996 e 1997.

Anexou ao PAF os MEs de produção (Cód. nº 17) e de acerto de estoque entrada (Cód. nº 21) dos exercícios de 1996 e 1997, pois o autuado não conseguiu recuperar os MEs do exercício de 1995 e as planilhas com os levantamentos dos MEs feitas pelo autuado. Os MEs de acerto de estoque saída (Cód. nº 51) já haviam sido anexados ao PAF, por ocasião do Recurso Voluntário.

Em cada exercício analisado houve um problema diferente dos demais, portanto o revisor realizou as revisões por exercício. Concluindo:

Exercício de 1995 – o autuado não escriturou a produção de nitrogênio líquido no livro de registro de controle da produção e estoque (RCPE) nos meses de Janeiro/95, Abril/95 e Setembro/95, e escriturou parcialmente no mês de Junho/95, sendo o total da omissão de registro da produção de 281.968,00 m<sup>3</sup>. Esta redução no registro de produção de nitrogênio líquido no RCPE reduziu a necessidade de emissão dos MEs de acerto de estoque saída (Cód. nº 51) em igual valor, ou seja, se somarmos esta omissão de registro da produção com os MEs de acerto de estoque saída, temos 12.844.352,00 m<sup>3</sup> que é praticamente igual ao valor encontrado como omissão de saídas, que foi de 12.864.222,00 m<sup>3</sup>, sendo a diferença de apenas 19.870,00 m<sup>3</sup> ou 0,15%.

O autuado também não escriturou a produção de oxigênio líquido no RCPE nos meses de Abril/95 e Junho/95, ou seja, houve uma omissão de registro da produção de 1.307.841,00 m<sup>3</sup> e esta omissão levou-a a ter que fazer MEs de acerto de estoque entrada (Cód. nº 21) maiores que os MEs de acerto de estoque saída (Cód. nº 51), como pode ser visto claramente na planilha anexada

por este diligente no mês de Maio/95. Ou seja, os MEs de acerto de estoque entrada superam os de saída em 1.054.506,00 m<sup>3</sup> no ano, e se não houvesse a omissão de registro de produção seria necessário uma emissão de MEs de acerto de estoque saída que superasse os de entrada em 253.335,00 m<sup>3</sup>, ou seja, com uma diferença de 40.845,00 m<sup>3</sup> em relação à omissão de saídas encontradas no levantamento quantitativo de estoques feito pelo auditor autuante, que foi de 294.180,00 m<sup>3</sup> e esta diferença representa 0,37% da produção anual de oxigênio líquido.

Conclui, que deve ser mantida a autuação no exercício de 1995 e que as diferenças encontradas são insignificantes em função dos diversos vícios encontrados na escrituração do livro de registro do controle da produção e estoques (RCPE).

A alegação do autuado de que o auditor autuante não levou em conta os MEs de produção não procede, conforme demonstramos nos levantamentos de todos os MEs nas planilhas anexadas ao PAF.

Quanto à alegação de que as saídas utilizadas no processo produtivo não foram consideradas no levantamento quantitativo de estoque, em função da “edição na coluna”, realmente não foram consideradas e caso o CONSEF considere tais adições teremos uma redução das omissões de saídas em 1996 de R\$171.429,53 para R\$104.764,47, conforme demonstrado na revisão Anexo 2.

Já no exercício de 1997 foram encontrados omissões significativas nas produções de nitrogênio e oxigênio líquidos, aumentando assim as omissões de saídas referentes a 1997 de R\$119.690,98 para R\$150.642,92, conforme demonstrado na revisão anexo 3.

Caso sejam acatadas as duas revisões (1996 e 1997), o impacto final será uma redução de R\$35.713,12 na infração 1.

Aberta vistas ao recorrente à fl. 1348, com AR de recebimento em anexo. Entretanto, a empresa não retornou ao processo.

A PROFAZ forneceu Parecer concluindo:

*“Opinamos pelo conhecimento da Revisão Fiscal, no sentido de corrigir os valores constantes no item 1 da presente autuação, diminuindo-lhe de R\$171.429,53 para R\$104.764,47, referente ao exercício de 1996. No que concerne ao exercício de 1997, entendeu a procuradoria que a diferença apontada a maior nos valores, de R\$119.690,98 para R\$150.642,92, deva ser objeto de nova autuação, com o fito de completar os valores já cobrados nesta, face à impossibilidade do julgamento do CONSEF ser no sentido de majorar os valores iniciais do Auto de Infração em lide.*

*Relativamente aos itens 2, 3, 4 e 5, apenas traz o recorrente os mesmos argumentos constantes na sua defesa inicial. Assim, ao analisá-los, entendemos não merecer reforma o Acórdão recorrido no que tange a esses itens.*

*Desta forma, em que pese o fato de o Recurso Voluntário devolver a matéria, em sua totalidade, à apreciação desse Conselho, as razões oferecidas pelo recorrente apenas estão aptas a proporcionar a modificação do julgamento no que concerne ao item 1, nos termos acima, motivo pelo qual entendemos que deve ser Provido em Parte o Recurso Voluntário.”*

Na assentado do julgamento a representante da Douta PROFAZ, Dr<sup>a</sup> Josefina de Melo Ruas, se posicionou de maneira contrária ao opinativo anteriormente exarado pelo órgão. Isto porque,

entende que o exercício de 1997 faz parte do mesmo lançamento, não havendo a propalada majoração e sim ajuste.

## VOTO

Dado ao exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, mormente o Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, constatei que a Revisão Fiscal de fls. 1255 a 1346 foi bastante elucidativa e trouxe à lide demonstração da realidade dos fatos revistos, por exemplo:

1. Em função das saídas utilizadas no processo produtivo, na “adição da coluna”, as quais não foram consideradas no levantamento quantitativo do estoque, observou-se uma redução nas omissões de saídas, apenas no exercício de 1996 de R\$171.429,53 para R\$104.764,47, diferença a favor do contribuinte de R\$66.665,06.
2. Entretanto, no exercício de 1997, foram encontradas omissões significativas nas produções de nitrogênio e oxigênio líquidos, aumentando-as de R\$119.690,98 para R\$150.642,92 com diferença de R\$30.951,94 contra o recorrente.

Assim, o impacto final no tocante ao item 1 do lançamento de ofício será de R\$35.713,12, favorável ao recorrente. Porque os exercícios de 1996 e 1997 são partes integrantes do mesmo lançamento, conforme muito bem se posicionou a representante da Douta PROFAZ na assentada do julgamento.

Quanto aos itens 2a, b e c e 3a, b e c, o Recurso Voluntário repetiu as mesmas arguições já trazidas na defesa inicial, conquanto tenha o Recurso Voluntário o condão de devolver à apreciação toda a matéria em contraditório, não vejo como prosperarem os anseios do recorrente, face que esses itens foram exaustivamente analisados quando do julgamento em 1ª Instância e julgados de forma acertada.

Do exposto, concluo este voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do presente Recurso Voluntário em relação ao item 1 da peça vestibular, reduzindo o valor reclamado de R\$516.313,66 para R\$480.600,54. Mantenho os demais itens inalterados.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279100.0001/00-6, lavrado contra **WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.752,534,85**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$8.750,40; 60% sobre R\$3.263.183,91 e 70% sobre R\$480.600,54 previstas, respectivamente, no art. 61, II, “a”; VIII, “a” e IV, “a”, da Lei nº 4.825/89, como também no art. 42, II, “a”, VII, “a” e “b”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIEIRO COSTA – REPR. DA PROFUZ