

Acórdão: 17.551/07/2ª Rito: Ordinário
Agravo/Impug.: 40.030120551-68; 40.010117419-37
Agravante/Impug.: White Martins Gases Industriais Ltda
Proc. S. Passivo: Jurandir Gomes de Carvalho Júnior/Outro(s)
PTA/AI: 01.000148305-56
Inscr. Estadual: 180.616449.25-40
Origem: DF/ BH-1

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO - PERÍCIA. Os elementos constantes dos autos são suficientes para a elucidação dos fatos questionados, portanto, dispensável a produção da prova pericial pretendida. Recurso de Agravo não provido.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIVERSAS IRREGULARIDADES – Constatou-se que a Autuada apropriou-se indevidamente de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica consumida em linhas marginais ou independentes à de produção, e, ainda, deixou de estornar os créditos do imposto proporcionalmente às perdas de produção de gases e líquidos (ventados/perdidos) verificados no estabelecimento. Infração caracterizada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO. Caracterizado o não atendimento as intimações lavradas pelo Fisco, legítima a exigência da MI prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº. 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisões unânimes

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, no período de 01/01/2000 a 31/12/2000, da falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor de ICMS, decorrente de aproveitamento indevido de créditos do imposto destacados em documentos fiscais referentes a:

1 – perdas de produção de gases e/ou líquidos (ventados/perdidos), conforme demonstrado no item 9 do Relatório Fiscal e nos quadros I e II;

2 – energia elétrica consumida em linhas marginais ou independentes à de produção (a teor do disposto na Instrução Normativa SLT 01/86), conforme demonstrado no item 9 do Relatório Fiscal e no quadros III;

E, ainda, sobre a falta de atendimento a 2 (duas) intimações do Fisco Estadual, datadas de 13/09/2005 e 03/10/2005.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e a Multa Isolda prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a”, ambos da Lei nº. 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 170/186, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 206/218.

A Auditoria Fiscal exara o despacho interlocutório às fls. 220, o qual é cumprido pela Autuada às fls. 223/227. O Fisco se manifesta a respeito às fls. 229/231.

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante é indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fls. 232/233.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, Recurso de Agravo (fls. 235/242), recolhendo a taxa de expediente correspondente, conforme Documento de Arrecadação Estadual - DAE de fls. 245.

A Auditoria Fiscal mantém a decisão anterior, ficando, por conseguinte, retido nos autos o Recurso de Agravo e, em parecer de fls. 248/257, opina, em preliminar, pelo não provimento do Recurso de Agravo e, no mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Cuida o presente Auto de Infração, conforme relatado, da exigência de ICMS e das penalidades cabíveis em virtude da constatação de aproveitamento indevido de créditos do imposto referentes a perdas de produção de gases e/ou líquidos (ventados/perdidos) e de energia elétrica consumida em linhas marginais ou independentes à de produção, bem como, sobre a falta de atendimento a intimações expedidas pelo Fisco.

Cumprido esclarecer, de início, que o presente contencioso administrativo foi diligente e cuidadosamente acompanhado e analisado pela zelosa Auditoria Fiscal, culminando em bem elaborado parecer, motivo pelo qual este será adotado como fundamento desta decisão, apenas com pequenas alterações e/ou adequações.

Das Preliminares

Da Nulidade

A Impugnante arguiu a nulidade do Auto de Infração, alegando que o arbitramento, ao tomar como base os dados de outra unidade fabril, não observou o processo administrativo regular, disposto no art. 148 do Código Tributário Nacional - CTN, suprimindo seu direito à ampla defesa e não guardando a devida segurança jurídica.

Não procede a arguição da Impugnante, pois o Auto de Infração foi lavrado através de procedimento fiscal idôneo e previsto na legislação tributária. O

arbitramento efetuado pelo Fisco está em consonância com o disposto no art. 148 do CTN, no art. 18 da Lei Complementar nº. 87/96 e nos artigos 53, incisos I, IV e VI e 54, inciso XI e § 2º, do RICMS/96.

Os parâmetros utilizados para o arbitramento estão claramente demonstrados nos Quadros I e II (fls. 13/14 dos autos), o mesmo acontecendo com os dispositivos legais que autorizam tal procedimento e aqueles relativos às infringências e penalidades, que constam do campo próprio da peça fiscal. O presente lançamento atende a todas as formalidades e requisitos exigidos nos artigos 57 a 59 da Consolidação da Legislação Tributária e Administrativa do Estado de Minas Gerais – CLTA/MG, aprovada pelo Decreto 23.780, de 10 de agosto de 1984, bem como ao disposto no artigo 142 do CTN.

Ademais, a própria peça impugnatória demonstra que não houve qualquer prejuízo ou cerceamento ao amplo direito de defesa da Impugnante, vez que a mesma entendeu perfeitamente as imputações fiscais e defendeu-se seguramente contra todos os pontos do Auto de Infração.

Nesse sentido, incabível a preliminar argüida, não se vislumbrando qualquer ilegalidade ou nulidade no lançamento fiscal.

Do Recurso de Agravo retido nos autos

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que os quesitos propostos têm respostas no conjunto probatório já acostado aos autos ou são irrelevantes para o deslinde da questão, não exigindo conhecimento técnico do qual não seja detentor o Órgão Julgador.

Conforme fundamentação constante do despacho de indeferimento da perícia às fls. 232/233, vale salientar que a Auditoria Fiscal, em despacho interlocutório exarado em 19/12/06, acostado às fls. 220 do PTA, oferece oportunidade à Autuada de trazer os esclarecimentos necessários à maior parte dos questionamentos apresentados em sua defesa.

Nessa oportunidade, a Impugnante trouxe os seus esclarecimentos, apesar de apresentar respostas vagas ou simplesmente reafirmar o que já havia mencionado anteriormente, indicando que nada de novo havia a acrescentar.

Após a providência de instrução processual acima citada, constata-se que as provas e informações existentes nos autos, por si só, são suficientes à análise do processo e, nesse sentido, sinalizou a própria Impugnante, com as respostas que apresentou às solicitações da Auditoria.

Acresça-se a isso que, para a maior parte dos quesitos apresentados, há nos autos elementos de prova que tornam desnecessária a realização da perícia pleiteada.

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no artigo 116, incisos I e II, da CLTA/MG.

Do Mérito

1 – Aproveitamento indevido de créditos do imposto referentes a perdas de produção de gases e/ou líquidos (ventados/perdidos)

Em relação a este item do Auto de Infração, o motivo da autuação foi a constatação da existência de perdas de produtos acabados no processo produtivo da Autuada sem que a mesma procedesse aos estornos proporcionais dos créditos de ICMS relativos a tais perdas, conforme determina o art. 71, inciso V, do RICMS/96:

“Art. 71 - O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou bem entrado no estabelecimento:

(...)

V - vier a ser objeto de perecimento, deterioração, inutilização, extravio, furto, roubo ou perda, por qualquer motivo, da mesma mercadoria ou bem, ou de outra dela resultante, dentro do mesmo período em que se verificar o fato, ou no prazo de 30 (trinta) dias, em se tratando de calamidade pública, contado de sua declaração oficial.

(...)”

A constatação das perdas de produtos acabados ocorreu através de diligências “*in loco*” realizadas no estabelecimento e também por meio de informações prestadas pela própria Impugnante.

Conforme resposta firmada pelo Supervisor de Operações da empresa, atendendo ao termo de intimação e termo de inventário (fls. 26/29), existem válvulas de alívio que, no período aproximado de 06 (seis) em 06 (seis) minutos, lançam, para a atmosfera, os gases “CO₂” e “Nitrogênio” (produtos comercializados pela Autuada).

Segundo esclarece o Fisco em sua manifestação fiscal, a produção dos gases nessa unidade fabril tem os seguintes destinos:

- 1 - para “Gerdau Açominas S/A” através de gasoduto (sendo o excesso de produção transformado em líquido e estocado em tanque);
- 2 - para outros clientes (Hospitais, mecânicas industriais, etc.), através de caminhões;
- 3 - ventado para a atmosfera.

Esse último destino, “perda de produto ventado”, corresponde ao gás (totalmente acabado) jogado para a atmosfera em função da falta de tanques suficientes para estocar os produtos, ou seja, depois de esgotada a capacidade dos tanques de armazenamento e dos “vasos pulmão”, quando existentes.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Saliente-se que o produto ventado, em nenhuma hipótese pode ser confundido com perdas normais resultante do processo de industrialização, como, por exemplo, aquelas resultantes da vaporização do produto líquido estocado em tanques criogênicos, ventada para a atmosfera como controle de pressão do tanque.

As “perdas de produtos ventados”, objeto da autuação, referem-se aos produtos jogados para fora já totalmente acabados, que só não são aproveitados por absoluta falta de capacidade de estocagem da empresa.

Para mensuração dessas perdas de produtos, o Fisco recorreu, inicialmente, à própria Autuada, expedindo intimação para que fossem apresentados dados detalhados acerca das perdas (fls. 30/31). Entretanto, a solicitação não foi atendida.

Diante da negativa da Impugnante na prestação das informações solicitadas mediante intimações, o Fisco utilizou-se do arbitramento, nos termos do art. 148 do CTN, art. 18 da Lei Complementar nº 87/96 e artigos 53, incisos I, IV e VI e 54, inciso, XI e § 2º do RICMS/96, conforme já aludido alhures.

Foi utilizado como parâmetro para o arbitramento a média dos índices obtidos em unidade fabril similar, da própria empresa, situada em Ipatinga-MG, conforme demonstrado nos quadros I e II (fls. 13/14). Tais índices foram extraídos do PTA nº 01.000139188-67 (cópias acostadas às fls. 39/51), cujo lançamento foi julgado procedente por este Conselho, gerando os acórdãos nºs 15.641/03/2ª e 3.019/04/CE.

Assim, o índice detalhado no “Quadro I” (fls. 13) foi aplicado aos créditos de ICMS do período autuado, gerando o valor de ICMS a estornar, conforme demonstrado no quadro II (fls.14).

A Impugnante argumenta que ajusta a produção para maximizar o fornecimento de gases e/ou líquidos e, em determinados momentos, há necessidade de se “ventar” produto gasoso. Tais perdas seriam mínimas e inerentes a sua atividade, não havendo como atender as necessidades dos clientes sem essa margem de “falha”. Alega ainda que o sistema produtivo do estabelecimento Impugnante possui algumas diferenças em relação à unidade de Ipatinga, não podendo o Fisco se apropriar dos dados de produção ou possíveis perdas daquela unidade.

Entretanto, no tocante ao arbitramento, importante ressaltar que o procedimento do Fisco está respaldado nos artigos 53 e 54 do RICMS/96, abaixo transcritos, sendo que a Impugnante poderia ter contestado objetivamente os levantamentos efetuados, conforme lhe faculta o § 2º do art. 54, mas nada apresentou.

Art. 53 - O valor da operação ou da prestação será arbitrado pelo fisco quando:

I - não forem exibidos à fiscalização os elementos necessários à comprovação do valor da operação ou da prestação, inclusive nos casos de perda ou extravio de livros ou documentos fiscais;

(...)

IV - ficar comprovado que o contribuinte não emite regularmente documento fiscal relativo às operações ou prestações próprias ou naquelas em que seja responsável pelo recolhimento do imposto;

(...)

VI - em qualquer outra hipótese em que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações, os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou por terceiro legalmente obrigado.

Art. 54 - Para o efeito de arbitramento de que trata o artigo anterior, o fisco adotará os seguintes parâmetros:

(...)

XI - o valor que mais se aproximar dos parâmetros estabelecidos nos incisos anteriores, na impossibilidade de aplicação de qualquer deles.

(...)

§ 2º - O valor arbitrado pelo fisco poderá ser contestado pelo contribuinte, mediante exibição de documentos que comprovem suas alegações."

Saliente-se que, apesar de admitir a existência de perdas mínimas, a Autuada não demonstra que seja uma perda considerada normal dentro do processo produtivo e tampouco apresenta os percentuais ou outras provas relativas às mesmas.

Ressalte-se que, ainda que se concebesse a perda "ventada" como "quebra tecnicamente considerada normal", qualificada a não ensejar estorno de créditos de ICMS, seria necessário ter submetido à apreciação do Fisco, previamente, laudo técnico obtido junto a órgão idôneo, em que restasse demonstrado o percentual de perda, conforme orientações da DLT/SEF nas Consultas de Contribuinte n.ºs 007/97, 153/98 e 105/02, acostadas aos autos às fls. 267/271. Entretanto, tal providência não foi tomada pela Contribuinte.

Desta forma, devem ser mantidas integralmente as exigências fiscais relativas a esta irregularidade, constituídas de ICMS e multa de revalidação.

2 - Aproveitamentos indevidos de créditos do imposto de energia elétrica consumida em linhas marginais ou independentes à de produção

Em relação a este item do Auto de Infração, foram estornados os créditos de ICMS destacados em Notas Fiscais - Contas de Energia Elétrica, referentes a energia elétrica consumida em linhas marginais ou independentes da linha de produção, a teor

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do disposto na Instrução Normativa SLT 01/86, conforme demonstrado no item 9 do Relatório Fiscal e no quadro III (fls. 09/11 e 15).

O feito fiscal encontra amparo na legislação tributária, sobretudo no art. 66, inciso II, "a.2" e seu § 4º, item 1.2, do RICMS/96, que dispõe:

"Art. 66 - Observadas as demais disposições deste Título, será abatido, sob a forma de crédito, do imposto incidente nas operações ou prestações realizadas no período, desde que a elas vinculado, o valor do ICMS correspondente:

(...)

II - à entrada ocorrida:

a - a partir de 1º de novembro de 1996:

(...)

a.2 - de **energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, observado o disposto no § 4º;**

(Efeitos de 01/11/96 a 31/07/2000 - Redação dada pelo art. 1º do Dec. n.º. 38.683, de 03/03/97 - MG de 04 e ret. no de 17/04.): "a.2 - de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento;")

§ 4º - Somente dará direito de abatimento do imposto incidente na operação, sob a forma de crédito, a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

1) no período entre 1º de agosto de 2000 e 31 de dezembro de 2002:

1.1) que for objeto de operação subsequente de saída de energia elétrica;

1.2) que for consumida no processo de industrialização;

1.3) que for consumida por estabelecimento que realize operações ou prestações para o exterior, na proporção destas em relação às operações e prestações totais;

2) a partir de 1º de janeiro de 2003, em qualquer hipótese." (g.n.)

Ainda em relação aos créditos de energia elétrica, conforme orientação reiteradamente emanada pela DLT/SEF, os contribuintes devem fazer relatório ou laudo técnico, em observância às normas técnicas aplicáveis e submetê-lo à apreciação da repartição fazendária, de acordo com as Consultas de contribuintes números 121 a 132/97 e 237/98, acostadas aos autos às fls. 272/275.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse sentido, a Autuada foi intimada a apresentar o requisito para a fruição do direito ao crédito de ICMS sobre a energia elétrica, ou seja, a prova de que a energia elétrica foi consumida na atividade de industrialização, conforme determina o dispositivo legal acima citado.

Em atendimento a intimação, foi apresentado um “Laudo Técnico de Consumo de Energia Elétrica”, às fls. 18/19, datado de 02/07/01, portanto com data posterior aos creditamentos efetuados no exercício de 2000. Referido laudo trata de forma genérica a questão, não indicando detalhadamente todos os equipamentos, com suas respectivas cargas, e não há a discriminação dos equipamentos utilizados no processo de industrialização.

Na realidade, o laudo traz a indicação dos equipamentos da área administrativa e de forma genérica e conclusiva afirma que o restante estaria sendo consumido no processo industrial. Além disso, referido laudo não foi submetido à apreciação prévia da repartição fazendária.

Ainda assim, o contribuinte fez o primeiro laudo técnico que apresentava o índice de 99,998%, trazendo um segundo laudo (fls. 20) que também se revela tecnicamente incorreto, por ser genérico e não indicar detalhadamente as características técnicas dos equipamentos. Neste laudo foi obtido o índice de 99,974%. Por fim, foi entregue um terceiro laudo (fls. 21/25), esse mais detalhado, indicando o índice de 99,953%. Entretanto, a empresa continuou a apropriar-se de 100% dos créditos de ICMS, durante todo o exercício de 2000.

Segundo informa o Fisco, foram feitas diversas diligências fiscais no estabelecimento e constatado “*in loco*” que a energia elétrica, cujo crédito de ICMS foi aproveitado, não é e não foi empregada totalmente na atividade de industrialização, sendo aplicada em atividades outras, tais como manutenção e preservação de equipamentos, iluminação externa de pátios e bombeamento de água que resfria o ar (que irá resfriar os motores). Depreende-se que a energia elétrica consumida em tais setores não se enquadra nos conceitos extraídos da Instrução Normativa SLT nº 01/86.

Quanto à alegação da Impugnante de que o Fisco deveria usar medições e levantamentos, contrapondo-se aos laudos, cabe mencionar que, não dispondo dos dados que somente a empresa possui e não podendo obtê-los por outros meios, o Fisco tomou como base os dados fornecidos pelo contribuinte em seu próprio laudo, não havendo, aqui, arbitramento.

Mesmo não atendendo completamente as normas técnicas, foi tomando por base os dados fornecidos no último laudo do próprio contribuinte, para efeito do estorno relativo a este item do Auto de Infração.

As atividades e equipamentos que foram considerados como industrialização para fins de manutenção do crédito de ICMS sobre a energia elétrica apropriada são os motores principais, tais como compressores de ar, compressores de oxigênio, compressores de nitrogênio e compressor de reciclo, conforme discriminado pelo Fisco às fls. 214.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Já as atividades marginais ou independentes do setor produtivo, cujos créditos de energia elétrica foram glosados, foram identificadas como sendo de manutenção e preservação de equipamentos, iluminação externa de pátios e bombeamento de água que resfria o ar, conforme detalhado às fls. 214/215.

Como esclarece o Fisco, a principal atividade considerada como linha marginal ao processo produtivo foi a que compreende a **torre de refrigeração**, que consome energia elétrica nos “motores das bombas de água”, utilizados para bombear a água de refrigeração através dos trocadores de calor, retirando calor gerado nas etapas de compressão e resfriando o ar que refrigera motores e óleo de lubrificação das máquinas e nos “motores dos ventiladores”, utilizados para acionar os ventiladores que succionam o ar atmosférico, provocando a evaporação de parte da água recirculada e, conseqüentemente, o resfriamento do restante da mesma.

Assim, foi levantada a relação percentual entre o consumo de energia elétrica no processo produtivo de industrialização e o consumo total (no caso, 97,093%). O índice assim obtido foi aplicado ao crédito de ICMS de energia elétrica apropriado no período, conforme Quadro III, às fls. 15.

O valor do crédito estornado é o referente à energia elétrica consumida em atividades que não se enquadram no conceito jurídico de industrialização, nos termos da norma estadual instituída pelo art. 222, inciso II, do RICMS/96.

Ou seja, atividades de manutenção e preservação de equipamentos, iluminação de pátios, refrigeração de água que irá refrigerar motores, motores de óleo e motores de bombas, muito embora sejam inerentes ao processo, não são atividades de industrialização. No caso dos equipamentos mais relevantes, motores da torre de refrigeração, a água empregada na refrigeração se destina à preservação dos equipamentos, evitando seu superaquecimento, mas não há atividade de industrialização, pois que do uso dessa energia elétrica não decorre nenhuma modificação da natureza da água ou do equipamento sobre o qual atua.

Concluindo, no caso em exame, a energia elétrica consumida nesses equipamentos não é empregada em atividade de industrialização, embora possa ser inerente ao processo produtivo.

Assim, devem ser mantidas integralmente as exigências fiscais de ICMS e da respectiva multa de revalidação.

3 – Falta de atendimento às intimações do Fisco

Quanto a este item do Auto de Infração, a exigência é da multa isolada prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei nº. 6.763/75, tendo em vista a constatação que a Autuada deixou de atender a 02 (duas) intimações lavradas pelo Fisco.

As referidas intimações se encontram às fls. 30/31 e 32/33 dos autos, tendo sido lavradas para requisitar documentos fiscais e obter esclarecimentos diversos sobre

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

o sistema produtivo e o consumo de energia elétrica da Impugnante, conforme detalhado às fls. 08 do Relatório Fiscal anexo ao Auto de Infração.

Cumpre ressaltar que a Autuada em nenhum momento contesta as irregularidades que lhe foram imputadas neste item, não trazendo qualquer prova ou alegação em sentido contrário.

Sendo assim, restam caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo legítimas as exigências relativas a este item, nos termos do art. 109 da CLTA/MG.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em negar provimento ao Agravo Retido. Também em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Carlos Victor Muzzi Filho. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Villela Vianna Neto e Mauro Heleno Galvão.

Sala das Sessões, 03/07/07.

Luiz Fernando Castro Trópia
Presidente/Revisor

Edvaldo Ferreira
Relator