

Acórdão: 16.434/05/2^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010112358-88
Rec. de Agravo: 40.030114676-91
Impugnante/Ag: José Herculano da Cruz e Filhos S/A
Proc. S. Passivo: Rogério Andrade Miranda/Outros
PTA/AI: 01.000143199-75
Inscr. Estadual: 180.622814.0208
Origem: DF/BH-4

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA – O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante não envolve questões que requeiram a produção de prova pericial, vez que se encontram nos autos elementos suficientes para a elucidação dos fatos questionados. Recurso de Agravo não provido. Decisão unânime.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS – CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO. Constatado o aproveitamento indevido de créditos fiscais relativos a aquisições de óleo combustível e outros materiais não elencados no inciso VIII, do art. 66 do RICMS/2002, de créditos lançados em duplicidade, e de óleo diesel, em quantidade superior ao estritamente necessário à execução das prestações de serviços de transporte em veículos próprios. Acolhimento parcial das razões do Impugnante para acatar a retificação do crédito tributário efetuada pelo Fisco e, ainda, excluir as exigências relativas ao estorno de crédito de óleo diesel por entrada/aquisição superior à necessária para as prestações do contribuinte.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre aproveitamento indevido de créditos de ICMS relativos à entrada de óleo diesel, óleo combustível, protetor radial, aeroshell, pneu para carro de passeio, querosene, e em decorrência de lançamento em duplicidade de notas fiscais.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.327/1.369.

Requer, em preliminar, a nulidade do Auto de Infração, alegando falta de preenchimento dos requisitos legais para sua elaboração, especificamente quanto a suposta incongruência entre os dispositivos apontados e a descrição dos fatos relatados.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Contesta o fato de ter sido indicado no Auto de Infração o art. 30, da Lei n.º 6.763/75, que diz respeito à inidoneidade documental, não sendo, segundo ela, o motivo declarado pelo Fisco para a autuação, porque não existe declaração de inidoneidade de nenhuma nota fiscal.

Inferre que a inexistência de atos de inidoneidade impossibilita o Fisco de desconsiderar as notas fiscais de entrada de diesel, criando um critério próprio para a apuração do consumo do combustível por quilômetro rodado, da distância dos trajetos e alíquota média.

Cita doutrina (Paulo de Barros Carvalho) e decisões do CC/MG, para sustentar sua tese de que, por errônea capitulação das infringências, o feito fiscal deve ser considerado nulo por infringir o disposto no art. 58 c/c art. 57 da CLTA/MG.

Discorda da maneira como foi realizado o levantamento fiscal, por ter sido utilizado o critério de que cada veículo gastaria 2 km/litro de combustível em cada viagem, com arrimo em informação prestada pela Scania do Brasil.

Retruca todos os demais levantamentos elaborados pelo Fisco, em especial os dados de distância obtidos pela *internet*, pois não teria sido considerado o trajeto entre sua sede e o local de coleta dos produtos.

Diz que informações prestadas por fabricantes de veículos não podem ser constituídos em critério técnico, pois estes não observam as condições reais de transporte de carga.

Assevera que não há como elaborar um trabalho fiscal dessa natureza com base em consumo de combustível por veículo, devido às distorções impossíveis de serem corrigidas.

Observa que sua frota não é composta apenas pelos veículos da marca da fabricante mencionada pelo Fisco em seu trabalho, o que desclassifica o feito.

Explica que o tipo de carga transportada, como ácido sulfúrico e GLP, exige uma marcha reduzida de seus veículos, e assim como o relevo, fazem aumentar o consumo de combustível.

Salienta que possui estoque de combustível armazenado em seus tanques, e nos próprios tanques dos seus quase 300 caminhões, o que não foi considerado pelo Fisco em seu levantamento.

Reitera que há distorções no que diz respeito às distâncias percorridas, vez que o site consultado não leva em consideração as estradas a serem percorridas, ou seja, o percurso efetivamente realizado, nem o local onde cada mercadoria foi coletada.

Rechaça o procedimento para a obtenção da alíquota média, alegando que o Fiscal deixou de fora o valor da substituição tributária, deixando de agregar ao valor de cada documento fiscal para efeito de cálculo do custo do produto adquirido, o valor do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ICMS/ST, gerando distorções no preço médio do óleo, e, por conseguinte, nas alíquotas.

Diz estar anexando todas as notas fiscais para exame, dando como exemplo alguns casos, ressaltando que a alíquota única é, no caso, de 18% ou 7%, conforme o caso, não podendo se admitir alíquota média.

Acrescenta que não há como confirmar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, pois entende que nenhum de seus aspectos foi comprovado, tendo agido o Fisco apenas por presunção, o que seria inadmissível quando se trata da cobrança do ICMS.

Cita acórdãos do CCMG que sustentariam sua tese de defesa.

Considera ilegal o procedimento do Autuante, que considera que as prestações com veículos de sua propriedade, emplacados por sua matriz, em Camaçari/BA, e por sua filial em Juiz de Fora, não teriam sido realizadas em veículos próprios.

Sustenta que não há na legislação qualquer disposição no sentido de que os veículos utilizados nas operações de transporte, apesar de serem de propriedade de uma única personalidade jurídica, devam ser cadastrados junto ao DETRAN, em nome da filial que os utiliza.

Tece considerações a respeito das pessoas jurídicas e de sua constituição, observando que o fato de veículos estarem registrados em outra filial ou na matriz não coloca em dúvida a regularidade das prestações de transporte e da tributação pelo ICMS.

Transcreve artigos da legislação mineira e decisão do CC/MG que reconheceu que o termo “veículo próprio” diz respeito aos veículos pertencentes à empresa e não a cada um de seus estabelecimentos.

Garante que todo o ICMS devido nas operações constantes dos CTCRs relacionados no Quadro II do Auto de Infração foi regularmente destacado e recolhido para os cofres estaduais, não se justificando, no seu entender, a glosa dos créditos levada a efeito pelo Fisco.

Diz que não foram observados casos como o do CTCRC n.º 000479, que diz respeito a horas paradas para carregamento, emitido a pedido de cliente a fim de discriminar o transporte propriamente dito.

Assevera que também não foi observado pelo Fisco o direito integral ao crédito das mercadorias elencadas no art. 66, § 1º, do RICMS/02, pois não existiria restrição ao aproveitamento do crédito em razão do início da operação ser neste ou em outro estado da Federação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Rebate a glosa dos créditos referentes ao óleo combustível, protetor radial, pneu para carro de passeio e querosene, com o argumento de se tratarem de produtos intermediários essenciais para sua atividade.

Requer o deferimento de perícia, apresentando para tal fim os quesitos necessários.

Pede, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco, em manifestação de fls. 2.310/2.319, refuta as alegações da defesa.

Argumenta que o trabalho não trata de estorno de créditos de ICMS destacado em notas fiscais inidôneas, tendo sido constatado a não observância das condições estabelecidas na legislação, especialmente quanto à apropriação de créditos em desacordo com as disposições contidas no art. 66, § 1º, item 4 do RICMS/02, estando o fato apurado de acordo com o disposto no art. 30, da Lei n.º 6.763/75.

Sustenta que o consumo médio de 2 km/litro é factível e real, variando de 2,0 a 2,3 km/litro, conforme informação da Scania do Brasil, da qual a Impugnante adquire a maioria dos seus veículos.

Diz que foram considerados os consumos tanto nos trajetos de ida como de volta, o que anula o argumento de que foram desconsideradas as montanhas de Minas Gerais na avaliação do consumo.

Diz que a Autuada foi beneficiada, pois há entendimento exarado pela 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, de que o combustível utilizado no retorno é material de consumo, não passível de ser apropriado como custo.

Observa que os estoques iniciais foram considerados nulos, porque a Autuada mudou sua sede para Congonhas em agosto de 2001, data do início dos trabalhos da fiscalização.

Assegura que as quantidades de óleo diesel existentes nos veículos não podem ser consideradas como estoque.

Contesta a afirmação da Impugnante de que as distâncias obtidas no site da UOL não são confiáveis.

Diz que os veículos não retornam a Congonhas, sede da Impugnante, após prestarem os serviços.

Conta que considerou o ICMS/ST, conforme observação contida no Quadro de fls. 857, onde esclarece que a alíquota média é resultante do somatório das alíquotas previstas no inciso I, alínea “f” e II, alíneas “b”, “c” e “d”, mais o percentual previsto na alínea “b”, inciso II, art. 375, Anexo IX do RICMS/96.

Explica que o procedimento adotado, digitando o valor total da nota fiscal ao invés de discriminar o ICMS/ST, não prejudicou a Contribuinte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Menciona que não houve presunção, esclarecendo que o fato que suscitou a ação fiscal foi ter observado que a Empresa, em meio a várias outras do mesmo ramo, possuía saldo credor constante.

Cita, em relação aos trajetos intermunicipais, que se os CTRC se referem a horas paradas, como alega a Impugnante, estaria correto o procedimento fiscal, que considerou apenas os documentos referentes aos deslocamentos em que houve consumo de óleo diesel.

Assevera que nos trajetos iniciados em outros estados, o ICMS é devido a estes, não podendo ser lançado o crédito de ICMS decorrente da aquisição de óleo diesel, pois prejudicaria o Estado de Minas Gerais por não ter havido a contrapartida do débito do imposto pago a outra unidade da Federação.

Ressalta que o óleo combustível consumido na caldeira utilizada na recauchutagem de pneus não pode ser considerado estritamente necessário, já que a atividade da Autuada é de prestação de serviço de transporte, e não de recauchutagem de pneus.

Adverte que os pneus de carros utilizados na manutenção não geram direito ao crédito do ICMS, pois esta atividade é paralela à prestação de serviço de transporte.

Acresce que os protetores radiais também são considerados materiais de uso e consumo porque não estão discriminados no art. 66, § 1º, item 4 do RICMS/96.

Entende que a perícia se mostra desnecessária, pois seria supérflua por outras provas produzidas.

Requer seja julgado parcialmente procedente o lançamento, conforme reformulação demonstrada às fls. 1.515.

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante é indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fls. 2.320.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, Recurso de Agravo (fls. 2.322/2.323).

Sustenta que somente a perícia poderia elucidar as dúvidas existentes nos autos.

A Auditoria Fiscal mantém a decisão anterior, ficando, por conseguinte, retido nos autos o Recurso de Agravo.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 2326/2334, opina pela procedência parcial do lançamento, para que seja observada além da retificação do crédito tributário procedida pelo Fisco, se exclua ainda a parcela referente à quantidade excedente de óleo diesel, apurada através do consumo médio e dos trajetos mencionados nos CTRC's emitidos pela Autuada.

DECISÃO

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no Parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por esta razão, passarão a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

DAS PRELIMINARES

1. Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que se encontram nos autos elementos necessários à elucidação dos quesitos propostos.

Em relação aos veículos utilizados pela Autuada na sua atividade de prestação de serviços de transporte, não há dúvida de que pertencem a mais de uma marca de montadora. Esta informação foi prestada inclusive pelo Fisco, não havendo razões para um procedimento especial, como é a perícia, a fim demonstrar quais seriam essas marcas.

Quanto à utilização e finalidade dos produtos cujos créditos foram estornados, deve ser ressaltado que para as empresas cuja atividade é de prestação de serviço de transporte de cargas a legislação do imposto restringe as mercadorias que geram o direito aos créditos de ICMS, sendo inócua o quesito relativo à utilização de certos produtos e o processo produtivo da Autuada.

Também é prescindível para o julgamento da lide a utilização de perícia para esclarecer se o imposto destacado em CTCR foi regularmente recolhido ou se os produtos da Empresa dizem respeito à carga perigosa.

Vale ainda acrescentar que alguns dos argumentos apresentados pela Impugnante foram acatados, especialmente sobre os trajetos percorridos pelos veículos cujos certificados foram anexados às fls. 1.394/1.404, os estoques finais de óleo diesel e o valor referente ao querosene, ficando prejudicados os respectivos quesitos apresentados pela Impugnante.

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

Preliminar 2

A Impugnante roga pela nulidade do Auto de Infração com o argumento de que o Fisco se utilizou de errônea capitulação das infringências, ao dar sustentação à sua acusação indicando como infringido o art. 30, da Lei n.º 6.763/75, assim redigido:

Art. 30 - O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha **recebido** a mercadoria ou o bem ou para o qual tenha sido prestado o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

serviço, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à **escrituração** nos prazos e **nas condições estabelecidos na legislação.** gn

Embora a Impugnante esteja certa quanto à ausência de irregularidade das notas fiscais de entrada de óleo diesel e de outras mercadorias arroladas nos autos, esta não percebeu que a utilização de tal dispositivo é pertinente também quando a acusação se referir ao não recebimento da totalidade das mercadorias cujos documentos foram escriturados, sendo, no caso, o óleo diesel declarado.

Soma-se a isto o fato de ter sido constatado pelo Fisco o lançamento em duplicidade de notas fiscais nos livros próprios, o que significa que a escrituração não foi realizada “nas condições estabelecidas na legislação”, como condiciona o artigo supra, para que haja o direito ao crédito do ICMS.

A utilização do art. 30 da Lei n.º 6.763/75 não é, portanto, motivo de nulidade do Auto de Infração. Muito menos, pode-se afirmar que a menção de artigos ditos genéricos, do Regulamento do ICMS, dificulta a compreensão do trabalho e o cerceamento da defesa, pois em nada contraria as disposições contidas nos arts. 57 e 58 da CLTA/MG.

DO MÉRITO

Trata o presente feito do aproveitamento indevido de crédito de ICMS entre agosto de 2001 e agosto de 2003, apurado por meio de recomposição da conta gráfica, referente a aquisições de óleo diesel, óleo combustível, protetor radial, aeroshell, pneu para carro de passeio e querosene, e ainda, em razão do lançamento em duplicidade de notas fiscais.

Em relação ao óleo diesel, acusa o Fisco que o volume adquirido/consumido foi incompatível com a quilometragem percorrida no período, considerando-se o rendimento de 2 km/litro por veículo, conforme informação prestada pela Scania do Brasil, e as distâncias entre as cidades pertencentes aos trajetos percorridos pela Autuada, tomando-se como referência os dados obtidos no *site* da UOL.

São exigidos no Auto de Infração o ICMS e a Multa de Revalidação.

A infração está fundamentada no art. 66, § 1º, item 4 do RICMS/96 e art. 66, inciso VIII do RICMS/02, assim redigido:

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

...

VIII - a combustível, lubrificante, pneus, câmaras-de-ar de reposição ou de material de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

limpeza, adquiridos por prestadora de serviços de transporte e estritamente necessários à prestação do serviço, limitado ao mesmo percentual correspondente, no faturamento da empresa, ao valor das prestações alcançadas pelo imposto e restrito às mercadorias empregadas ou utilizadas exclusivamente em veículos próprios;

No quadro resumo dos valores totais estornados (fls. 1.522), retificado em razão dos certificados de registro de veículos da Autuada, anexados por esta às fls. 1.394/1.404, e também em decorrência dos estoques finais de óleo diesel declarados e da exclusão dos valores do querosene, o Fisco discrimina mensalmente os valores estornados referentes ao óleo diesel, óleo combustível e outros produtos, além das notas fiscais lançadas em duplicidade.

A Autuada contesta os números utilizados pelo Fisco para calcular o volume de óleo diesel necessário para fazer funcionar os veículos utilizados nas prestações de serviço de transporte, sob o argumento de que o consumo por ele adotado, informado pela Scania do Brasil, não levou em conta uma série de variáveis, além de não ter sido observado que uma parte de sua frota pertence a outras marcas.

Com efeito, a depor contra o índice utilizado pelo Fisco, temos que o mesmo foi obtido junto a um único fabricante, Scania do Brasil, em março de 1998 (fls. 15), para subsidiar o levantamento fiscal, que abrange o período de agosto de 2001 a maio de 2003.

Presume-se que as informações obtidas junto à Scania do Brasil, são relativas a veículos novos, e pelo documento juntado pela Impugnante às fls. 1379, a sua frota é composta não só de caminhões marca Scania, mas de outras marcas também, como Mercedes Benz e Volkswagen, sendo que o período de fabricação dos mesmos se estende entre os anos de 1994 a 2003.

Da quantidade escriturada pela Autuada, infere-se que sua frota possui um consumo médio de 1,75 km/litro, ou seja, 17,75% superior ao que foi adotado pelo Fisco. Este consumo, em verdade, é factível, ainda mais se levando em conta as condições de uso das estradas brasileiras, o tipo de carga transportada, a topografia, etc.

Cabe aqui mencionar que no PTA 01.000143796-09, a Câmara Especial do CC/MG deu provimento parcial ao recurso para considerar, no levantamento fiscal, o consumo de óleo diesel de 1,2 km/litro, ou seja, inferior ao que foi assumido pela Autuada.

Assim, fica prejudicada a aplicação do índice técnico de produtividade relacionado com a prestação de serviço de transporte, previsto no art. 194, inciso VI do RICMS/02, pois a diferença entre o consumo adotado pelo Fisco e aquele obtido através da divisão entre a quantidade escriturada e o total percorrido não revela de maneira incontestável o consumo/aquisição incompatível e, por conseguinte, as aquisições excessivas, fictas, sugeridas no presente feito. No caso presente, não logrou ainda o Fisco, demonstrar que o índice por ele adotado, é capaz de refletir as inúmeras

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

variáveis que influenciam no consumo de combustível de um veículo, como por exemplo a marca, modelo, potência do motor, estado de conservação, etc.

Em relação ao estorno dos créditos de ICMS relativos à entrada de óleo combustível, protetor radial, aeroshell, pneu para carro de passeio, e em decorrência de lançamento em duplicidade de notas fiscais, correto o procedimento fiscal, tendo em vista tratar-se de empresa prestadora de serviço de transporte, devendo, por conseguinte, ser observado o disposto no já transcrito inciso VIII, do art. 66 do RICMS/2002, além, é claro, a escrituração correta. Há que se destacar ainda, que não se admite também o crédito de produtos utilizados em atividades paralelas, como é o caso do óleo combustível empregado no processo de recauchutagem e ainda dos pneus utilizados em carros de passeio.

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, à unanimidade, julgou-se parcialmente procedente o lançamento, para considerar a retificação do Crédito Tributário efetuada pelo Fisco e demonstrada às fls. 1515, e ainda, para que se excluam as exigências relativas ao estorno de crédito de óleo diesel por entrada/aquisição superior à necessária para as prestações do contribuinte. Pela Impugnante/Agravante, sustentou oralmente o Dr. Rogério Andrade Miranda e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. José Alfredo Borges. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Revisor) e Cláudia Campos Lopes Lara.

Sala das Sessões, 25/07/05.

Antônio César Ribeiro
Presidente

Mauro Rogério Martins
Relator