

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

Acórdão: 20.416/11/1ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.000163986-27  
Impugnação: 40.010126628-87  
Impugnante: Baltazar Luiz de Andrade  
IE: 073840622.00-71  
Proc. S. Passivo: Ilídio Antônio Soares Júnior  
Origem: DF/Montes Claros

***EMENTA***

**PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO/PASSAGEIRO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA.** Recolhimento a menor do ICMS, em função de consignação, em documento destinado a informar ao Fisco a apuração do imposto, de valores divergentes dos constantes nos livros fiscais. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multas Isoladas previstas no art. 54, inciso IX, alíneas "a" e "b" da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco, devendo, ainda, cancelar as exigências relativas ao serviço de transporte realizado dentro do município.

**PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO/PASSAGEIRO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - EXTRAVIO DE DOCUMENTO FISCAL - ARBITRAMENTO.** Constatado que a Autuada extraviou notas fiscais de serviço de transporte de passageiros para ela autorizadas, ensejando a presunção de ocorrência das prestações de serviço. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXI da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco.

**Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.**

***RELATÓRIO***

A autuação versa sobre constatação de que o Sujeito Passivo emitiu diversas notas fiscais para prestação de serviço de transporte de passageiros, no período de 01/11/04 a 28/02/05, deixando de recolher o ICMS.

O Contribuinte emitiu 49 (quarenta e nove) notas fiscais no período, mas levou à tributação apenas 06 (seis) delas, já que nos meses de novembro de 2004, janeiro e fevereiro de 2005, apresentou demonstrativos (SAPI e DAPI) sem movimento.

Informam, ainda, as peças anexas ao Auto de Infração que, das 49 (quarenta e nove) notas fiscais emitidas, o Contribuinte apresentou apenas 18 (dezoito), circunstância que motivou o Fisco a arbitrar a base de cálculo para a exigência do tributo.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multas Isoladas previstas nos arts. 54, inciso IX, alíneas "a" e "b" e 55, inciso XXI, ambos da Lei nº 6.763/75.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 147/153, acompanhada dos documentos de fls. 154/308, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 310/312 e apresenta os documentos de fls. 313/315.

A 1ª Câmara de Julgamento determina a realização de diligência de fls. 320, para que o Fisco dê vista ao Procurador do Autuado dos documentos de fls. 314/315. Intimado (fls. 322), o Impugnante não se manifestou.

Na sessão do dia 26/08/10 decidiu a 1ª Câmara de Julgamento, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências de ICMS e multa de revalidação.

A citada decisão deu origem a um incidente processual (fls. 326/327).

Na sessão do dia 16/03/11 a 1ª Câmara de Julgamento decidiu, em preliminar, à unanimidade, em admitir o incidente processual e, no mérito, também à unanimidade, em declarar a nulidade da decisão anterior.

Também nesta sessão, decidiu a 1ª Câmara em converter o julgamento em diligência, a qual é cumprida pelo Fisco com a reformulação do crédito tributário, conforme demonstrado às fls. 335/340.

Intimado a ter vistas dos autos o Impugnante se manifesta às fls. 342/343.

---

### ***DECISÃO***

#### **Da Preliminar**

“*Data venia*”, não prevalece a prefacial de nulidade por cerceamento do direito de defesa defendido pelo Impugnante, pois, em primeiro lugar, não houve em seu desfavor qualquer prejuízo, pois, quando intimado da reformulação do crédito tributário (fls. 341) o mesmo poderia enfrentar o que ali foi decidido também.

Não bastasse tal fato, a decisão exarada pela Câmara que ensejou a nulidade da decisão foi publicada e disponibilizada no *site* do Conselho de Contribuintes, situação esta que também afasta o argumento de cerceamento do direito de defesa arguido pelo Contribuinte.

E mais, em momento algum a defesa em sua peça aponta em que ponto a decisão que foi proferida tendo em vista o incidente processual lhe fora prejudicial ou prejudicial à lei, ou seja, não trouxe nada de concreto que viesse a macular ou nulificar a referida decisão.

Finalmente, tem-se que a decisão proferida e que gerou a diligência feita pelo Fisco, inclusive beneficia ao Contribuinte na medida em que proferida em feito devidamente saneado e com notórias exclusões do crédito tributário, situações plenamente favoráveis à defesa.

Diante do exposto, rejeita-se a prefacial arguida.

#### **Do Mérito**

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inicialmente, cabe destacar que não há de se falar em decadência ao direito de lançar, relativamente aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 28/12/04, com aplicação do disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, e expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

No entanto, constitui regra geral que ao lançamento de ofício aplica-se a contagem fixada no art. 173, I do CTN.

Sobre o tema, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão de 15/03/07, confirmou tal posição, em acórdão assim ementado (no que interessa ao caso em tela):

DIREITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. CONVÊNIO 69/1998. ICMS/COMUNICAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ILEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EMBARGADA. ART. 20, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO HAVENDO PAGAMENTO DO TRIBUTO OU NÃO CARACTERIZANDO A HIPÓTESE DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA PELA FAZENDA PÚBLICA DO LANÇAMENTO, NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO À DECADÊNCIA. INCIDE, NESTA SITUAÇÃO, A REGRA GERAL ESTABELECIDA PELO ART. 173, INC. I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (...). TJMG – PROC. N.º 1.0024.05.692077-0/001(1); RELATORA DESEMBARGADORA MARIA ELZA; PUB. 30/03/2007.

Naquela decisão, ao analisar exigência sobre serviço preparatório (de comunicação) não levado à tributação pelo ICMS (tributado pelo ISS), em que o contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, tal qual a situação ora em análise, entenderam os ilustres julgadores que não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não há que se falar em homologação, mas sim, em lançamento de ofício, ensejando a aplicação da norma do art. 173, I do CTN.

No mesmo sentido decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4º, E 173, I, DO CTN.

1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE 5 (CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO.

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do *decisum*. Após abordar as hipóteses vinculadas ao §4º do art. 150, o ilustrado relator assim se posicionou:

OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM SUAS OBRIGAÇÕES. ASSIM OCORRENDO, A ATIVIDADE A SER PRATICADA PELO FISCO NÃO PODERÁ SER CARACTERIZADA COMO MERA HOMOLOGAÇÃO, JÁ QUE ESTA PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO CONTRIBUINTE PASSÍVEIS DE CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NESSE CASO, CABE AO FISCO, NA FORMA ESTABELECIDADA PELO ART. 149 DO CTN, PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE É EXECUTADO TAMBÉM NOS CASOS DE OMISSÃO OU INEXATIDÃO DO SUJEITO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.

Em decisão recente (19/10/10), o STJ voltou a se manifestar pela aplicabilidade no art. 173, I do CTN na hipótese da apuração do ICMS, como decidido no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.199.262-MG, com a seguinte ementa:

AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.262 - MG

RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS

AGRAVANTE: TELEMAR NORTE LESTE S/A

ADVOGADO: SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

AGRAVADO: ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR: GLEIDE LARA MEIRELLES SANTANA E OUTRO(S)

EMENTA - PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DEDUÇÃO DE ICMS DOS INSUMOS. COMBUSTÍVEL E LUBRIFICANTE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PROPORÇÃO A SER APURADA EM LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA.

SÚMULA 306/STJ. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO DO IMPOSTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN.

1. A QUESTÃO QUE ENVOLVE A NATUREZA DE INSUMO DE COMBUSTÍVEIS CONSUMIDOS NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA, PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES E, BEM ASSIM, A INTERPRETAÇÃO DO ART. 20 DA LEI COMPLEMENTAR N. 87/96, QUANDO DIRIMIDA A PARTIR DE ARGUMENTOS DE NATUREZA EMINENTEMENTE FÁTICA, NÃO PODE SER REEXAMINADA POR ESTE TRIBUNAL ANTE O ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2. É SABIDO E CONSABIDO QUE ESTA CORTE, UMA VEZ RECONHECIDA A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, TEM DEIXADO AO JUIZ DA EXECUÇÃO, EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, QUE MENSURE A PROPORÇÃO DE ÊXITO DE CADA UMA DAS PARTES LITIGANTES. ESSE JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE SOMENTE SERÁ POSSÍVEL SE A FIXAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS OBSERVAR UM MESMO CRITÉRIO PARA AUTOR E RÉU.

3. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, HAVENDO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS, O PRAZO DECADENCIAL PARA QUE O FISCO EFETUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É REGIDO PELO ART. 173, I, DO CTN, CONTANDO-SE O PRAZO DE CINCO ANOS, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL, DONDE SE DESSUME A NÃO OCORRÊNCIA, IN CASU, DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO LANÇAR OS REFERIDOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS.

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

### ACÓRDÃO

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS AUTOS EM QUE SÃO PARTES AS ACIMA INDICADAS, ACORDAM OS MINISTROS DA SEGUNDA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: "A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, NOS TERMOS DO VOTO DO SR MINISTRO RELATOR)."

OS SRS. MINISTROS HERMAN BENJAMIN, MAURO CAMPBELL MARQUES E CASTRO MEIRA VOTARAM COM O SR. MINISTRO RELATOR.

IMPEDIDO O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA.

BRASÍLIA (DF), 19 DE OUTUBRO DE 2010 (DATA DO JULGAMENTO)

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício 2004 somente expirou em 31/12/09, conforme disposto no inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que o Autuado foi regularmente intimado da lavratura do Auto de Infração em 30/12/09 (fls. 04).

A autuação versa sobre constatação de que o Sujeito Passivo, emitiu diversas notas fiscais para prestação de serviço de transporte de passageiros, no período de 01/11/04 a 28/02/05, deixando de recolher o ICMS em razão de quando da apuração do imposto a recolher, não declarou a totalidade dos documentos fiscais emitidos.

O Contribuinte emitiu 49 (quarenta e nove) notas fiscais no período, mas levou à tributação apenas 06 (seis) delas, já que nos meses de novembro de 2004, janeiro e fevereiro de 2005, apresentou demonstrativos (SAPI e DAPI) sem movimento.

E, das 49 (quarenta e nove) notas fiscais emitidas, o Contribuinte apresentou apenas 18 (dezoito), circunstância que motivou o Fisco a arbitrar a base de cálculo para a exigência do tributo.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A argumentação do Impugnante, de que a sua atividade é preponderantemente afeta ao ISSQN, por conseguinte, não existe incidência do ICMS e, que houve um erro material ao emitir notas fiscais autorizadas pelo Estado e tal situação não desnatura a tributação, exclusiva, do tributo municipal, não procede.

O Fisco discorda dos argumentos da defesa trazendo em seu favor a declaração de firma individual do Autuado que corrobora o entendimento de que há prática de operações sujeitas ao ICMS na medida em que lá está consignado como atividade “o transporte rodoviário de passageiros em geral”.

Tem-se que o conjunto probatório de que o Autuado pratica operações sujeitas ao ICMS uma vez que tem como atividade o transporte rodoviário de passageiros em geral.

Correto o trabalho da Fiscalização, pois, de fato, há operações que existe a incidência do imposto na medida em que se tratam de operações intermunicipais, situação que está fora da exoneração do imposto.

Da mesma forma o levantamento do Fisco, que é também legítimo na medida em que considera o arbitramento das operações de transporte de passageiros com base no preço médio das prestações de transporte realizadas e tributadas, situação prevista no art. 54, inciso IX do RICMS/02.

Há um pequeno reparo no trabalho do Fisco que exige o imposto e multas da Nota Fiscal nº 000011, constante de fls. 37 dos autos.

Ora, a referida nota fiscal dá conta que a operação ali retratada é mesmo municipal, pois o Autuado foi ali contratado pela Prefeitura Municipal de Capitão Enéas para transportar, dentro da municipalidade noticiada, estudantes da Zona Rural daquele município, ou seja, situação alheia à incidência do ICMS.

Assim, além da reformulação procedida pelo Fisco, deverá também ser excluída das exigências fiscais a nota fiscal acima mencionada.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de cerceamento do direito de defesa. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário de fls. 335/340 e, ainda, para cancelar as exigências fiscais relativas à Nota Fiscal de fls. 37. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ricardo Wagner Lucas Cardoso (Revisor) e Breno Frederico Costa Andrade.

**Sala das Sessões, 14 de julho de 2011.**

**Mauro Heleno Galvão**  
**Presidente**

**Antônio César Ribeiro**  
**Relator**

ACR/EJ