

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.610/10/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000162950-97
Impugnação: 40.010126338-44
Impugnante: Bysat Automação e Controle Ltda
IE: 062089270.00-83
Proc. S. Passivo: Weberte Giovan de Almeida/Outro(s)
Origem: DF/Belo Horizonte - DF/BH-1

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - BASE DE CÁLCULO - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. Constatou-se recolhimento a menor de ICMS, em face da Autuada não ter submetido à tributação serviços de comunicação (serviços de monitoramento e rastreamento). Procedimento fiscal respaldado pelos arts. 146, inciso III, alínea "a" e 155, inciso II da CF/88, pelos arts. 2º, inciso III, 12, inciso VII e 13, inciso III da Lei Complementar nº 87/96 e pelos arts. 42, inciso I, alínea "a" e 43, inciso X, § 4º do RICMS/02. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE REGISTRO/ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL NOS LIVROS PRÓPRIOS. Constatou-se a falta de escrituração de notas fiscais de saídas no livro Registro de Saídas. Infração caracterizada nos termos do artigo 16, inciso VI da Lei nº 6763/75. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no inciso I do art. 55 da mesma lei.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS em virtude de não ter a Contribuinte destacado a base de cálculo devida nas notas fiscais que acobertaram prestação de serviço de comunicação (serviços de monitoramento e rastreamento). Versa, também, sobre a falta de escrituração de notas fiscais de saídas no livro Registro de Saídas.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 689/715, com juntada de documentos de fls. 716/790.

Os argumentos da Impugnante são no sentido de relatar os fatos ocorridos e discorrer sobre as atividades da empresa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Argui a nulidade do Auto de Infração, por ausência de verificação da ocorrência do fato gerador, pede pela decadência de parte do crédito tributário, com base no art. 150 § 4º do CTN, cita doutrina e julgados do Poder Judiciário.

Faz a descrição dos serviços prestados, junta Parecer Técnico, requer a realização de prova pericial, elencando, desde já, os seus quesitos, insiste na tese de que a espécie comporta a incidência do ISS e não do ICMS, estando, portanto, sujeita à carga tributária municipal.

Tece outros comentários sobre o seu procedimento, junta documentos, contratos e resposta de consulta pelo município de Belo Horizonte, fala da autorização da Anatel e pede, ao final, pela procedência de sua peça de defesa.

O Fisco reformula o crédito tributário às fls. 794/795, conforme DCMM de fls. 796.

Intimada, às fls. 817, a Contribuinte se manifesta às fls. 822/826.

O Fisco se manifesta às fls. 829/846, entende como correto o trabalho fiscal após a reformulação do crédito tributário, com a alteração da alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) para 18% (dezoito por cento).

DECISÃO

Trata o trabalho fiscal da constatação de que a empresa autuada deixou de recolher o imposto devido em prestações de serviço de comunicação, bem como deixou de escrituras notas fiscais de saída no livro próprio.

Das Preliminares

Primeiramente é de se observar, da análise do Auto de Infração recebido pela Impugnante, que o mesmo foi lavrado em consonância com a legislação em vigor, observando as disposições do art. 89 do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, c/c art. 142 do CTN e contém todos os requisitos exigidos na legislação, inclusive as indicações precisas das infringências e penalidade.

Assim, a arguição de nulidade do Auto de Infração não merece prosperar, tendo em vista que a peça inicial foi lavrada dentro dos ditames da legislação tributária vigente.

Portanto, não há que se falar na espécie dos autos, em ausência de verificação da ocorrência do fato gerador, pois, foram respeitados e mantidos todos os direitos da Contribuinte.

Quanto ao pedido de perícia requerida, a mesma 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.

Assim, o requerimento de perícia deve ser indeferido, com fundamento no art. 142 do RPTA/MG.

Do Mérito

Preliminarmente, pleiteia a defesa que seja considerado decaído o direito de lançar os fatos geradores anteriores a 13/11/04 a novembro de 2004, por força das disposições contidas no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN, citando e transcrevendo doutrina e trechos de julgados sobre a matéria, originados do Superior Tribunal de Justiça.

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.

Constitui regra geral, no entanto, que ao lançamento de ofício aplica-se o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, I do Código Tributário Nacional - 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, § 4.º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO À DECADÊNCIA. INCIDE, NESTA SITUAÇÃO, A REGRA GERAL ESTABELECIDADA 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 e 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 aplicação da norma do art. 173, I do CTN.

Na mesma toada decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial n° 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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.”

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2004 somente expirou em 31/12/2009, conforme o inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 13 de novembro de 2009.

No que diz respeito ao mérito, propriamente dito, certo é que a prestação de serviço de monitoramento e rastreamento de veículos e carga é alcançada pelo ICMS, estando, portanto, na esfera de incidência do imposto estadual.

Uma simples leitura do disposto no art. 146 da CF/88 e Lei Complementar 87/96, bem como do Convênio ICMS 139/06 e leis ordinárias, leva-se ao entendimento de que há incidência do ICMS sobre os serviços prestados pela Impugnante.

A legislação vigente trata a atividade da Impugnante como uma modalidade de prestação de serviço de comunicação. A CF/88, LC nº 87/96 e a legislação do Estado de Minas Gerais preveem a incidência do ICMS sobre prestações onerosas de serviços de comunicação, feitas por qualquer meio, inclusive a geração, emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.

Constituição da República Federativa do Brasil
(1988):

Art. 146. Cabe à lei complementar:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996

(...)

Art. 1º Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

§ 2º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua.

Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

O que de fato ocorre na espécie ora em análise, é que a Impugnante, por meio de seus equipamentos (kits), presta o serviço de comunicação. Ela contrata os meios de outras operadoras (telefonía, celular, satélite, etc.) como fazem as empresas de VOIP (voz sobre IP), que não disponibilizam dos mesmos. Sendo dois serviços distintos, um não anula nem substitui o outro. Quem está prestando o serviço de comunicação, na modalidade de monitoramento e rastreamento, para o cliente é a BySat Automação e Controle Ltda, ora Impugnante.

A resposta dada à Consulta nº 097/09, formulada pela Contribuinte, deixa claro que o serviço realizado por ela se sujeita à incidência do ICMS, conforme se vê às fls. 662/665 dos autos.

Entretanto, não aceitando a resposta e orientação da SEF/MG, a Impugnante não corrigiu a sua escrita fiscal e tampouco recolheu o ICMS devido. Alegou ter uma consulta do município de Belo Horizonte que diz ser o serviço prestado por ela de tributação do Imposto Sobre Serviço - ISS.

Todavia, tal equívoco ficou sanado conforme resposta dada à Consulta nº 097/09, como também demonstrado nos autos a competência da esfera estadual para exigir o ICMS sobre prestação de serviço de comunicação na modalidade de rastreamento e monitoramento de bens e veículos.

Finalmente, a questão da alteração da alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) para 18% (dezoito por cento) foi devidamente corrigida pelo Fisco, nos termos do art. 42, inciso I do capítulo VII do RICMS/02, *in verbis*, quando da reformulação do crédito tributário, ficando, portanto, legitimadas as exigências consubstanciadas na peça fiscal, pelo que devem ser mantidas.

RICMS/02 - CAPÍTULO VII

Da Alíquota

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a - 25% (vinte e cinco por cento), nas prestações de serviço de comunicação, observado o disposto no § 19 deste artigo, e nas operações com as seguintes mercadorias:

Efeitos de 15/12/2002 a 26/03/2008 - Redação original:

“a - 25% (vinte e cinco por cento), na prestação de serviço de comunicação, na modalidade de telefonia, e nas operações com as seguintes mercadorias:”

e - 18% (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

(1099) Efeitos a partir de 27/03/2008 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, III, “a”, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 794/815. Vencido, em parte, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, que excluía, ainda, as exigências anteriores a 13/11/04. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros René de Oliveira e Sousa Júnior e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 09 de junho de 2010.

Roberto Nogueira Lima
Presidente / Revisor

Luiz Fernando Castro Trópia
Relator

Lfct/ml

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.610/10/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000162950-97
Impugnação: 40.010126338-44
Impugnante: Bysat Automação e Controle Ltda
IE: 062089270.00-83
Proc. S. Passivo: Weberte Giovan de Almeida/Outro(s)
Origem: DF/Belo Horizonte - DF/BH-1

Voto proferido pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, no exercício de 2004, em virtude de não ter a Contribuinte destacado a base de cálculo devida nas notas fiscais que acobertaram prestação de serviço de comunicação (serviços de monitoramento e rastreamento). Versa, também, sobre a falta de escrituração de notas fiscais de saídas no livro Registro de Saídas.

O início da ação fiscal que culminou na autuação se deu em 16/10/09 e, o lapso temporal do AI (exercício de 2004) escapa àquele que poderia ser validamente cobrado, ou seja, até 31/12/08.

Conforme relatado pelo Fisco e, exposto acima, encontra-se caracterizada a infração, conforme decisão da Câmara, mas tem-se que o Auto de Infração foi recebido pela Autuada, em 13/11/09, ou seja, após o prazo previsto para o lançamento do crédito tributário referente a parte do exercício de 2004, conforme previsto no art. 150, § 4º da Lei 5.172/66, *in verbis*:

Art. 150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

Assim, o crédito tributário referente ao período anterior 13/11/04, estaria prescrito pela homologação do lançamento ter ocorrido com o recebimento do Auto de Infração em 13/11/09.

Sala das Sessões, 09 de junho de 2010.

**Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro**

CC/MIG