



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

RESOLUÇÃO Nº.: 400 /2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

45ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 13/03/15

PROCESSO Nº.: 1/1527/2014

AUTO DE INFRAÇÃO Nº.: 1/201401842-3

RECORRENTE: COMPANHIA ENERGETICA DO CEARÁ - COELCE

RECORRIDA: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

AUTUANTE: Maykon Taveira Eccard, Jorge Alberto de Sabóia Arruda, Maria Ivany Gomes Araújo, Aloísio Nogueira de Sousa e Osvaldo José Rebouças.

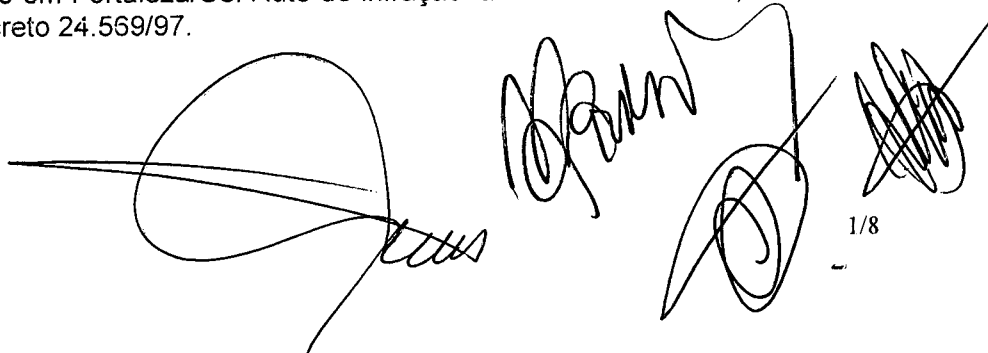
MATRÍCULA: 497622-1-6, 497810-1-6, 035660-1-3, 105803-1-5 e 037985-1-8

RELATOR: Conselheiro Cícero Roger Macedo Gonçalves

EMENTA: ICMS -1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO - 2. A empresa realizou operações/prestações na modalidade COELCE PLUS no período de fevereiro de 2009 sem a devida emissão de documentos fiscais para acobertar tais operações/prestações. Que resultou em falta de recolhimento de ICMS no valor de R\$ 54.836,46. Recurso ordinário conhecido e não provido. **3.** Auto de infração julgado **NULO**, por unanimidade de votos, haja vista que não restou comprovada a efetiva venda de mercadorias sem documento fiscal, conforme a manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado modificado em Sessão e reduzido a termo nos autos. **4.** Decisão amparada no princípio da legalidade em consonância com o conjunto probatório dos autos.

RELATÓRIO

A peça exordial refere-se ao auto de infração lavrado por **falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares**, a empresa realizou operações/prestações na modalidade COELCE PLUS no período de fevereiro de 2009 sem a devida emissão de documentos fiscais para acobertar tais operações/prestações, no montante de R\$ 54.836,46. O ilícito fiscal supramencionado originou-se de uma ação fiscal designada pelo mandado de ação fiscal n/ 2014.00090, objetivando executar **auditoria fiscal restrita**, referente ao período de 01/01/09 a 31/12/09, junto ao contribuinte **COMPANHIA DE ENERGIA ELÉTRICA DO CEARÁ COELCE**, inscrito no CNAE como **distribuidor de energia elétrica**, estabelecido em Fortaleza/Ce. Auto de infração lavrado em 28/02/14, com fulcro no art.73 e 74, 169, 189 do Decreto 24.569/97.



1/8



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

A ciência do início do procedimento fiscal foi realizada pessoalmente mediante se comprova por meio da assinatura do contribuinte ou representante legal acostado às fls. 19 dos autos. Desse modo, a contribuinte foi intimada a apresentar no prazo de 10 (dez) dias os livros e documentos fiscais descritos no termo retro.

O processo, originalmente, foi instruído com o auto de infração nº. 1/201401842-3, informações complementares às fls. 03/17, mandado de ação fiscal n/ 2014.00090, termo de intimação nº. 2014.00084, resposta ao termo de intimação nº 2014.00084, mandado de ação fiscal nº 2013.15663, termo de intimação nº 2013.15989, cópia do CD-R e arquivos, cópia de documentos Coelce plus referente ao período de fevereiro de 2009 e termo de revelia e despacho às fls.102. O auto, em epígrafe, relatou *in verbis*:

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUICAO TRIBUTARIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. A EMPRESA ACIMA QUALIFICADA REALIZOU OPERAÇÕES/PRESTAÇÕES NA MODALIDADE COELCE PLUS NO PERIODO DE FEVEREIRO DE 2009 SEM A DEVIDA EMISSÃO DE COCUMENTOS FISCAIS PARA ACOBERTAR TAIS OPERAÇÕES/PRESTAÇÕES, QUA RESULTOU EM FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS NO VALOR DE R\$ 54.836,46, CONFORME INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR.” (sic).

Às informações complementares, o agente fiscal informou que a Coelce praticou operações/prestações de venda e instalação de equipamentos/materiais elétricos utilizando o nome empresarial “Coelce Plus” em descumprimento às suas obrigações tributárias. Também se refere ao fato de a Coelce ter efetuado a cobrança dessas operações/prestações por meio da conta de energia de SUS clientes, razão pela qual conseguiu praticar estas operações/prestações sem a emissão das respectivas notas fiscais. Ademais, do exame da documentação apresentada foi detectado que a Coelce, por meio do que convencionou chamar “Coelce Plus”, efetuou operações/prestações em 4 modalidades, estas especificadas às fls. 5. Ressalta-se que o posicionamento da Empresa é divergente do entendimento adotado pela SEFAZ-Ce, tendo em vista não haver dúvidas quanto à incidência do ICMS, tanto quando se examina a legislação estadual. A empresa qualificada, no mês de fevereiro de 2009, deixou de recolher ICMS no valor de R\$ 54.836,46 referente a venda de mercadorias/equipamentos/materiais, com ou sem prestação de serviços, sem a emissão de documentos fiscais adequados, efetuando a cobrança por meio da Conta de Energia Elétrica, no campo “outros” e sem efetuar o recolhimento do ICMS correspondente. Assim, pelos motivos expostos não se pode aceitar a tese de que as operações/prestações na modalidade Coelce Plus e o imposto a recolher foram regularmente escriturados.



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

O auditor sugeriu como penalidade, a preceituada no art. 123, I, alínea “c” da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03, ou seja, o pagamento de multa equivalente a uma vez o valor do imposto. Por tais fatos, foi produzida a demonstração que se segue:

Base de Cálculo	R\$ 0,00
Alíquota	0%
ICMS (principal)	R\$ 54.836,46
Multa (100%)	R\$54.836,46
TOTAL	R\$ 109.672,92

A ciência do auto de infração foi realizada em 28/02/2014, por foi realizada pessoalmente mediante se comprova por meio da assinatura do contribuinte ou representante legal acostado às fls. 19, a teor do art. 34, § 3º do Decreto 25.468/99, oportunidade em que foi intimada a apresentar no prazo de 20 (vinte) dias defesa contra suas infrações identificadas.

O termo de revelia foi lavrado em 12/05/14, considerando haver decorrido o prazo legal, incluindo sua prorrogação a pedido da autuada, remeteu-se o processo ao Contencioso Administrativo Tributário para as devidas providências necessárias.

A defesa da ora impugnante fora apresentada tempestivamente às fls. 104/119, instruída com documentos de fls. 120/156, onde discorreu sobre os fatos atestando, que o ISS está regulamentado pela Lei Complementar nº 116/03. De acordo com o parágrafo 2 do art. 1º da LC nº 116/2003, fica afastada a incidência do ICMS, ainda que a prestação do serviço envolva o fornecimento de mercadoria, pois se trata de mercadorias adquiridas de terceiros e não de produção própria, conforme está prevista em lei, portanto, para os serviços objeto da autuação, não se aplica em a mencionada ressalva nos itens 7.02 e 7.05 da LC acima mencionada. Afirma ser ilegítima computar juros de mora sobre o valor da multa de ofício de desde a data de vencimento da obrigação principal, é incabível multa equivalente a 100% do imposto em face da regularidade apontada. Por fim, requereu que fosse declarado insubsistente o lançamento fiscal, com o cancelamento e arquivamento definitivo do presente auto.

A julgadora singular, após breve relato dos fatos, discorreu sobre os argumentos da defesa, afastando a alegativa da requerente de que as mercadorias empregadas pela Coelce na prestação dos serviços são adquiridas de terceiros, e não produzidas pela companhia fora do local da prestação, conforme previsto em lei. Porém, não procede, visto que, não ficou claro quem forneceu os materiais empregados na prestação dos serviços. Faz-se necessário esclarecer que a empresa está enquadrada no Cadastro Geral da Fazenda no CNAE, podendo somente fornecer energia elétrica, não tendo atividade econômica prestação de serviço na construção e conservação de equipamentos. Vale lembrar que a infração à legislação do ICMS, independe da comprovação de



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

prejuízo à Fazenda Pública Estadual ou da culpa ou dolo, basta sua simples inobservância. Considerando que no período fiscalizado a empresa não efetuou recolhimento do imposto normal e, considerando, que a fiscalização refez a apuração, a qual indica saldo devedor, temos que a empresa deixou de recolher o imposto devido por ocasião de suas operações, podendo ser configurada claramente a infração na peça inicial da falta de recolhimento na forma do art. 764, parágrafo único do Decreto 24.569/97. É necessário enfatizar que a CF em seu art. 150, inciso IV, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e os Municípios utilizar tributo, com efeito de confisco, não existindo, entretanto, nenhuma proibição com relação à multa. Por fim, informou que a autuada deve ser submetida à penalidade prevista no art. 123, I, alínea “c” da Lei nº. 12.670/96, alterada pela Lei nº. 13.418/03. Diante do exposto, julgou **PROCEDENTE** a ação fiscal, intimando a autuada a recolher à Fazenda Pública Estadual a importância descrita na inicial, com os devidos acréscimos legais, no prazo de 30 (*trinta*) dias a contar da ciência dessa decisão, ou em prazo idêntico, interpor recurso ao *Conselho de Recursos Tributários*, na forma da legislação processual vigente.

A prolação de sentença pelo órgão julgador singular fora comunicada à defendente por via postal em 15/10/14, consoante AR e termo de juntada às fls. 168/169, nos termos do §3º art. 34 do Decreto 25.468/99. Devidamente ciente da ação fiscal, a contribuinte não recolheu aos cofres fazendários e apresentou recurso ordinário.

Insatisfeita com a decisão da instância singular apresentou recurso voluntário tempestivo às fls. 170/189, onde argumentou que as mercadorias empregadas pela Coelce na prestação dos serviços são adquiridos de terceiros, e não produzidas pela Companhia fora do local da prestação, alegou, ainda, que, o fornecimento das mercadorias consiste em atividade meio, necessária à execução da atividade fim, a prestação de serviços. Observou que as mercadorias adquiridas perdem a natureza e passam a constituir mero insumo aplicado na prestação dos serviços. Exaltou que a ilegitimidade de computar juros de mora sobre o valor da multa de ofício desde a data de vencimento da obrigação principal e que cominar sanção igual ao total do crédito que se supõe mantido de maneira indevida, mostra-se incociável com os princípios da proporcionalidade da pena, da razoabilidade e do não-confisco que regem a ordem jurídica brasileira. Por fim, pediu q fosse dado provimento ao presente recurso e acolhidos os argumentos, para que seja declarado insubsistente o lançamento fiscal a extinção do respectivo crédito tributário.

A *Consultoria Tributária*, através do Parecer 666/2014, esclareceu que no tocante a ilegitimidade de computar juros de mora sobre o valor da multa de ofício, insta destacar que os juros moratórios incidirão a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito e que a multa fica acrescido dos juros da mora. Informou que quanto à multa ter efeito de confisco, esclareceu que o lançamento é vinculado a lei e a multa é matéria de reserva legal, portanto, devendo o agente fisco observar a penalidade específica para o caso em questão, logo, como no caso foi aplicada a penalidade de falta de recolhimento a específica para o caso. Elucidou



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

que a empresa autuada não apresentou ao Fisco notas fiscais das mercadorias empregadas na execução dos serviços, que estavam sujeita a incidência do ICMS, para que fosse feita a dedução da base de cálculo do ISS, sendo, assim, possível a exigência de falta de recolhimento pelas vendas dos equipamentos utilizados no serviço, tanto o que foi produzido pela empresa fora do canteiro de obra, como o adquirido de terceiro e destinado à obra de engenharia elétrica, ficando, portanto, sujeita à penalidade inserta no art. 123, I, alínea “c” da Lei 12.670/96, alterado pela Lei nº. 13.418/03. Isto posto, sugeriu o conhecimento do recurso voluntário, negando-lhe provimento, para que seja confirmada decisão de procedência proferida em primeira instância.

Os autos foram encaminhados, para apreciação do representante da douda Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pelo acatamento do referido parecer, que dormita às fls. 192/200.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

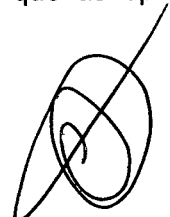
Trata-se de recurso ordinário interposto pela **COMPANHIA ENERGETICA DO CEARA COELCE** em face da **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** objetivando, em síntese, a revisão da decisão exarada na instância originária inerente ao auto de infração sob o nº. **1/201401842-3**, na dicção da legislação processual vigente. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

No processo *sub examine*, a requerente fora autuada por **falta de recolhimento do ICMS – Próprio/Substituição Tributária**, por contribuinte substituído, na forma e nos prazos regulamentares, detectado através de **auditoria fiscal restrita – falta de recolhimento de ICMS**, referente ao período de fevereiro de 2009, no montante de R\$ 54.836,46.

DA NULIDADE

No recurso voluntário interposto pela empresa autuada, são utilizados vários argumentos, dentre os quais se insere a discussão a respeito da afastabilidade da incidência do ICMS no presente caso.

A empresa autuada suscitou que o ISS está regulamentado pela Lei Complementar nº 116/03. De acordo com o §2º do art. 1 da LC nº 116/2003, fica afastada a incidência do ICMS, ainda que a prestação do serviço envolva o fornecimento de mercadoria, pois trata-se de mercadorias adquiridas de terceiros e não de produção própria; que as operações



5/8



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

consideradas pelo Auditor Fical como objeto de tributação pelo ICMS consistem em obras elétricas e em serviços de manutenção, enquadrados respectivamente nos itens 7.02 e 7.05 da LC nº 116/03, tais como a construção ou a ampliação de subestação elétrica e a manutenção nas instalações elétricas; não obstante o critério definido na LC 116/03, que afasta a incidência do ICMS no presente caso, cabe ainda ressaltar a natureza da operação efetuada, cuja atividade fim consiste na prestação de serviço, sendo o material aplicado considerado como atividade meio. In verbis:

*Art. 1º O imposto sobre serviço de qualquer natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.
(...)*

*§2º Ressalvados as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação-ICMS, ainda que seja prestação envolta fornecimento de mercadorias.
(...)*

Art. 7º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

(...)

§2º não se incluem na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza:

I- Os valores dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexam a esta Lei Complementar.

II-

Lista de serviço anexa à Lei Complementar nº 116/03.

(...)

7.02 Execuções, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador do serviço, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeita ao ICMS).

7.05 Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestados de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeita ao ICMS)



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Contudo, esse argumento não foi acolhido em primeira instância. Porém, com a manifestação oral, em sessão, do representante da Procuradoria Geral do Estado, pôde ser constatada a inexistência de comprovação da efetiva ocorrência de vendas diretas de mercadorias adquiridas, haja vista que na modalidade de prestação de serviços com fornecimento de mercadorias não há que se falar em incidência de ICMS, considerando que a empresa autuada não produz nenhum tipo de mercadoria e, portanto, não se enquadra na regra de exceção dos subitens 7.02 e 7.05 da Lei Complementar nº 116/2003 (vide o objeto social discriminado no Estatuto Social da empresa, sendo assim, opinou-se pela nulidade do processo).

Por tais fatos, como o objetivo precípuo desta câmara é a busca da Verdade Material, com o desiderato maior de alcançar a justiça fiscal, somente resta inferir que a denúncia posta no auto de infração não pode prosperar. Porquanto, não se coaduna ao caso em exame, haja vista que no caso em comento não seguiu as formalidades necessárias para que o contribuinte fosse protegido. Nesse teor e nos termos na legislação supra transcrita, considero que nula a infração apontada não havendo razão para o feito fiscal prosperar.

Destarte, diante da imprecisão consubstanciada na presente ação fiscal, infere-se que o ato administrativo em apreço está substancialmente viciado uma vez que inobserva às formas legais. Neste diapasão, firma-se o convencimento que a autuação fiscal deverá ser declarada **NULIDADE**, posto que se verifique a inexatidão da materialidade da acusação.

Ex positis, voto pelo conhecimento do Recurso Ordinário, dar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e, em grau de preliminar, declarar a **nulidade processual**, de acordo com o parecer do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, modificado oralmente em sessão e reduzido a termo nos autos.

É o voto.

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **COMPANHIA DE ENERGIA DO CEARA COELCE** e recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, dar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e, em grau de preliminar, declarar a **NULIDADE PROCESSUAL**, "haja vista que não restou comprovada a efetiva venda de mercadorias sem documento fiscal, assim consignado no item 1 das hipóteses evidenciadas pelos autuantes, única hipótese que, uma vez comprovada, tinha




**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

o condão de dotar a imputação de sustentabilidade, posto que o fornecimento de mercadorias com prestação de serviço somente é hipótese de incidência do ICMS se estas forem produzidas pelo prestador do serviço fora da local da prestação”, conforme o voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação oral, em sessão, do representante da Procuradoria Geral do Estado. O Conselheiro Samuel Aragão Silva se pronunciou nos seguintes termos: “Voto pela nulidade ante a inexistência de comprovação da efetiva ocorrência de vendas diretas de mercadorias adquiridas, haja vista que na modalidade de prestação de serviços com fornecimento de mercadorias não há que se falar em incidência de ICMS, considerando que a empresa atuada não produz nenhum tipo de mercadoria e, portanto, não se enquadra na regra de exceção dos subitens 7.02 e 7.05 da Lei Complementar nº 116/2003 (vide o objeto social discriminado no Estatuto Social da empresa).” Esteve presente para sustentação oral, o representante legal da recorrente, Dr. Anchieta Guerreiro Chaves Junior.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 22 de 05 de 2015.


Alfredo Rosário Gomes de Brito
PRESIDENTE

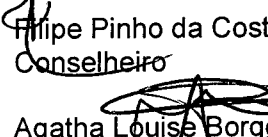

~~Lúcia de Fátima Calou de Araújo
Conselheira~~


~~Francisco Wellington Ávila Pereira
Conselheiro~~

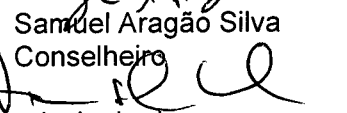

Valter Barbalho Lima
Conselheiro

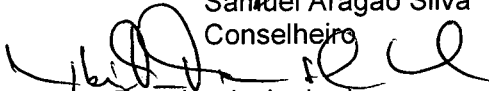

Abílio Francisco de Lima
Conselheiro


Cícero Roger Macedo Gonçalves
Conselheiro


Filipe Pinho da Costa Leitão
Conselheiro


Agatha Louise Borges Macedo
Conselheira


Samuel Aragão Silva
Conselheiro


Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado