



ESTADO DO ACRE  
SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA  
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO ACRE

ACÓRDÃO Nº:	29/2015
PROCESSO Nº:	2012/81/26196
RECORRENTE:	MARISA LOJAS S/A
ADVOGADO:	CÉSAR ROBERTO – OAB/SP nº 295.635
ADVOGADO:	ITALO COSTA SIMONATO – OAB/SP nº 311.479
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
PROCURADOR DO ESTADO:	FELIX ABREU DE ALMEIDA
CONSELHEIRO RELATOR:	ANTÔNIO RAIMUNDO SILVA DE ALMEIDA
DATA DE PUBLICAÇÃO:	

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. DEMANDA DE POTÊNCIA DE ENERGIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA. FATO GERADOR. IMPOSTO NÃO RECOLHIDO PELO SUBSTITUTO POR FORÇA DE SENTENÇA IMPEDITIVA EM AÇÃO JUDICIAL MOVIDA PELO SUBSTITUÍDO. COBRANÇA DO SUBSTITUÍDO. POSSIBILIDADE. MULTA PUNITIVA. DISPOSITIVO LEGAL NÃO CORRESPONDENTE AO CASO CONCRETO. INDEVIDA. MULTA DE MORA. APLICAÇÃO.

1. A parcela de demanda de potência de energia elétrica efetivamente utilizada é fato gerador do ICMS, conforme pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 391).
2. O contribuinte substituto quando, por determinação judicial, em ação movida pelo contribuinte substituído, não apura e, por consequência, não recolhe aos cofres públicos o imposto devido, beneficiando dessa forma o contribuinte substituído, o substituto não responde pelo tributo e sim o substituído, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1090414/RS, relator Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgamento: 23/02/2011, publicação DJe 11/05/2011).
2. A multa punitiva prevista no art. 61, inciso III, alínea “i” da LCE 55/97 não pode ser exigida do contribuinte substituído, pois é de competência legal do contribuinte substituto proceder a escrituração dos lançamentos tributários.
3. Correta e legal é a aplicação da multa de mora para os lançamentos tributários, na forma do art. 62-A, da LCE 55/97, com redação dada pela LCE 113/2002.
4. Recurso voluntário parcialmente provido, por unanimidade de votos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que é interessada MARISA LOJAS S/A, ACORDAM os membros do Conselho de Contribuintes do Estado do Acre, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário no sentido de afastar a multa punitiva exigida no auto de infração e notificação fiscal de nº 05.576, mantendo-se inalterados os demais termos e fundamentos da decisão recorrida, e, por outra via, recomendar a Diretoria de Administração Tributária, com supedâneo no art. 149 do CTN, a aplicação da multa moratória no referido termo infracional, na forma do art. 62-A, da LCE 55/97, com redação dada pela LCE 113/2002, tudo nos termos do voto do Conselheiro Relator, que é parte integrante deste julgado. Participaram do julgamento os Conselheiros a seguir nominados: Israel Monteiro de Souza (Presidente), Antônio Raimundo Silva de Almeida (Relator), Luiz Antônio Pontes Silva, Nabil Ibrahim Chamchoum, Hilton de Araújo Santos. Presente o Procurador do Estado, Felix Abreu de Almeida. Sala de Sessões, Rio Branco, Capital do Estado do Acre, 08 de abril de 2015.

Israel Monteiro de Souza  
Presidente

Antônio Raimundo Silva de Almeida  
Conselheiro Relator

Felix Abreu de Almeida  
Procurador do Estado



ESTADO DO ACRE  
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA  
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo Administrativo nº 2012/81/26196 – RECURSO VOLUNTÁRIO  
**RECORRENTE** : MARISA LOJAS S/A  
**RECORRIDA** : DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA  
**RELATOR** : Cons. ANTÔNIO RAIMUNDO SILVA DE ALMEIDA

### RELATÓRIO

Trata o presente de recurso voluntário interposto pela empresa MARISA LOJAS S/A, já qualificada nos autos, contra a Decisão de nº 767/2013, da lavra da Diretoria de Administração Tributária – Órgão de 1ª Instância Julgadora, na qual manteve o lançamento tributário exigido por intermédio do auto de infração e notificação fiscal de nº 05.576, esse com a seguinte acusação fiscal:

ausência de tributação da parte medida e efetivamente utilizada da demanda de potência reservada referente ao período de fevereiro de 2008 a junho de 2012, conforme apurada nas planilhas de fls. 6/20 e, por ser fato gerador do ICMS, foi constituído o presente lançamento tributário com os acréscimos legais devidos e aplicada a respectiva multa punitiva no percentual de 100% (cem por cento), na forma da legislação vigente e aplicável à espécie.

Na peça recursal, a recorrente aduz, dentre outras alegações, o seguinte:

a) No caso em questão, mister acentuar que a empresa concessionária de energia elétrica é a responsável pela emissão correta da incidência do ICMS sobre a energia efetivamente consumida pelo consumidor final;

b) Inexistem preceitos normativos que incluam o consumidor no pólo passivo da relação tributária;

c) Assim, se analisarmos detidamente os fatos que embasaram o auto de infração e os dispositivos legais tidos por supostamente violados, é cristalino que não houve infração à legislação estadual, como relatada no lançamento de ofício, porquanto, após concessão da liminar em sede judicial, a Recorrente efetua regularmente o pagamento das faturas de energia elétrica;

d) Assim, estando comprovado que a culpa é exclusiva da empresa concessionária pela obrigação de efetivar a cobrança do ICMS ao consumidor final e não o fez adequadamente, esta será a responsável pelo pagamento aos cofres públicos;

e) Destarte, ainda que se atribua a obrigação principal à Recorrente, inadmissível suportar a multa aplicada, por (i) não subsunção da conduta descrita no art. 61 "i" da LC 55/97 com uma conduta exercida pela Recorrente e (ii) desproporcionalidade da pena punitiva pecuniária, devendo esta ser afastada por este nobre Conselho de Contribuintes.

Por fim, apresentou os seguintes pedidos:

- 1) O cancelamento do infração de infração por incorreção do sujeito passivo;
- 2) Caso não seja julgado improcedente o auto de infração, cancelando-o, requer subsidiariamente o afastamento da pena punitiva pecuniária.

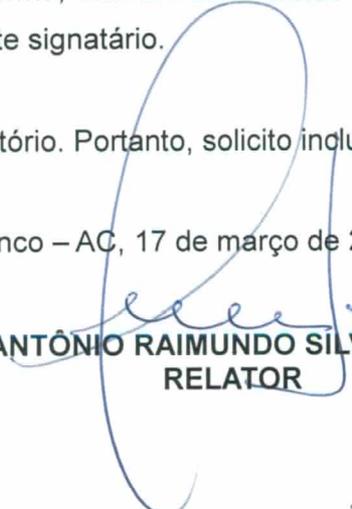
Na forma do disposto no Regimento Interno deste Conselho, o Representante da Fazenda Estadual opinou pelo provimento parcial do recurso voluntário para excluir a multa de ofício aplicada, mantendo-se, de outra banda, o lançamento do ICMS sobre a demanda contratada de potência efetivamente utilizada pelo consumidor da energia elétrica, no período apurado, estando o ato administrativo em consonância com o decidido no âmbito do e. Tribunal de Justiça no mandado de segurança impetrado pela Recorrente e com o disposto na Súmula nº 391/STJ e no Resp 960.476/SC, julgado pela sistemática dos recursos repetitivos, cujo entendimento foi expressamente acolhido no Acórdão prolatado pela Corte local de Justiça.

Opina, outrossim, ainda em consonância com fundamentos de fato e de direito expostos acima, pela inclusão no lançamento efetuado da multa moratória de que trata o art. 62-A e parágrafos da LCE 55/97.

Desta forma, subiram estes autos ao Conselho de Contribuintes do Estado do Acre, sendo distribuído a este signatário.

É o relatório. Portanto, solicito inclusão em pauta para julgamento.

Rio Branco – AC, 17 de março de 2015.

  
**Cons. ANTÔNIO RAIMUNDO SILVA DE ALMEIDA**  
**RELATOR**



ESTADO DO ACRE  
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA  
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Ref. Processo Administrativo nº 2012/81/26196 – RECURSO VOLUNTÁRIO

**RECORRENTE:** MARISA LOJAS S/A

**RECORRIDA:** DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

**RELATOR:** CONS. ANTONIO RAIMUNDO SILVA DE ALMEIDA

**VOTO DO RELATOR**

A Recorrente MARISA LOJAS S/A interpôs recurso voluntário perante este Conselho de Contribuintes contra a Decisão de nº 767/2013, da lavra da Diretoria de Administração Tributária, na qual manteve o auto de infração e notificação fiscal de nº 05.576, que tributou a parte medida e efetivamente utilizada da demanda de potência de energia elétrica, bem como exigiu multa punitiva.

Analiso o mérito na forma a seguir.

Correta é a exigência do imposto nesse caso, pois a parcela da demanda de potência de energia elétrica efetivamente utilizada é fato gerador do ICMS, estando, inclusive, pacificado o entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Súmula 391. Senão vejamos:

Súmula 391 – O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

Em relação a alegação de erro de sujeição passiva arguida pela Recorrente, que no seu entendimento, o auto de infração deveria ser lavrado contra a concessionária de energia elétrica, por ser a substituta legal, a mesma não prospera, tendo em vista quando o contribuinte substituto, por determinação judicial, não apura e, por consequência, não recolhe aos cofres públicos o imposto devido, beneficiando dessa forma o contribuinte substituído, o substituto não responde pelo tributo e sim o contribuinte substituído, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa reproduzida a seguir:

TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO NÃO RECOLHIDO PELO SUBSTITUTO POR FORÇA DE SENTENÇA JUDICIAL IMPEDITIVA EM AÇÃO MANDAMENTAL MOVIDA PELO SUBSTITUÍDO. COBRANÇA DO SUBSTITUTO. INVIABILIDADE.

1. O substituto que deixe de apurar e recolher o ICMS por força de decisão mandamental favorável ao substituído não responderá pelo tributo, quando não caracterizada culpa ou dolo. Precedente: (Resp 1028716/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 03/05/2010).

2. *In casu*, o recorrido-substituto deixou de recolher o ICMS na sistemática da substituição tributária por conta decisão liminar proferida em ação movida pelo substituído. Posteriormente, a sentença foi reformada pelo Tribunal, e o Fisco passou a cobrar o tributo do recorrido-substituto.

3. A e. Segunda Turma, em hipótese análoga, firmou entendimento nos seguintes termos, *verbis*:

2. No Direito Tributário brasileiro, nos termos dos arts. 121 e 128 do CTN, sujeito passivo é contribuinte ou responsável.

3. O contribuinte tem relação pessoal e direta com o fato gerador e, como regra, responde diretamente pelo ônus da tributação, em atenção ao princípio da capacidade contributiva.

4. Na sistemática da substituição tributária, o substituto apura e recolhe o ICMS que incidirá na operação futura a ser realizada pelo substituído. É este último, como contribuinte, que deve suportar diretamente o ônus do tributo, ainda que o repasse ao consumidor final, por se tratar de imposto indireto.

5. Caso o substituto deixe de apurar e recolher o ICMS por culpa ou dolo, responderá pelo tributo, pois descumpriu a obrigação legal correspondente, mantendo-se como sujeito passivo.

6. Inviável exigir do recorrido-substituto o ICMS não recolhido, se inexistiu culpa ou dolo. Ao contrário, respeitou-se determinação judicial para não apurar e recolher o tributo. Em caso de cobrança, seria impossível ao responsável repassar o ônus do tributo ao substituído-contribuinte.

7. Entender de maneira diversa seria subverter o disposto nos arts. 121 e 128 do CTN, interpretados à luz do princípio da capacidade contributiva, para exonerar o contribuinte e onerar exclusivamente o responsável tributário, um despropósito e uma injustiça.

8. Recurso Especial não provido. (Resp. 887585/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ, 13.03.2009).

4. Recurso especial a que se nega provimento, nos termos da uniforme jurisprudência desta E. Corte. (REsp 1090414/RS, relator Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgamento: 23/02/2011, publicação DJe 11/05/2011)

No tocante a alegação de que a multa aplicada no presente termo infracional ser indevida, razão lhe assiste, pois não há relação do dispositivo legal com o caso concreto. Senão vejamos:

Art. 61. Aos infratores às disposições desta Lei e das demais normas da Legislação Tributária serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

III - de 100% (cem por cento) do valor do imposto:

(...)

i) pelo registro de operação como não sendo tributada pelo imposto, quando na realidade o é;

Portanto, a multa exigida da Recorrente é indevida, pois é de competência do contribuinte substituto proceder a apuração e escrituração dos lançamentos.

Quanto ao pedido formulado pela Procuradoria Fiscal no sentido de aplicar a multa de mora ao termo infracional, acolho tal pretensão ante o princípio da legalidade que norteia o lançamento tributário e, assim, remetam estes autos a Diretoria de Administração Tributária para proceder tal inclusão, em conformidade com o art. 62-A da Lei Complementar Estadual 55/97, com redação dada pela Lei Complementar Estadual 113/2002 e, ainda, por força do art. 149 do CTN.

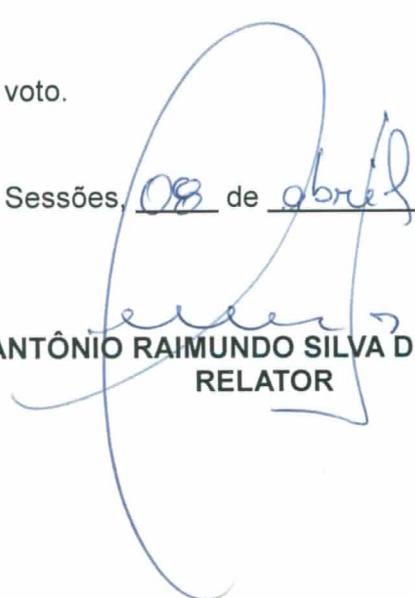
Diante do exposto, dou provimento parcial para reformar a decisão recorrida nos seguintes termos:

1) afastamento da multa punitiva aplicada no auto de infração e notificação fiscal de nº 05.576;

2) aplicação da multa de mora no referido termo infracional, na forma do art. 62-A da Lei Complementar Estadual 55/97, com redação dada pela Lei Complementar Estadual 113/2002.

É como voto.

Sala de Sessões, 08 de abril de 2015.

  
**Cons. ANTÔNIO RAIMUNDO SILVA DE ALMEIDA**  
**RELATOR**