

**PUBLICAÇÃO DA DECISÃO
DO ACÓRDÃO**

No D.O. 14 / 07 / 2014

Fls.: 14



**Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Fazenda
Conselho de Contribuintes**

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL

Processo nº E-04 / 059.287 / 2012

Data: 01 / 08 / 2012 Fls: _____

Rubrica: _____ ID 42832756

Sessão de 10 de junho de 2014

PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº - 50.035

ACORDÃO Nº 12.651

INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº - 80.046.561

NOTA DE LANÇAMENTO Nº - 51002423

RECORRENTE – AMPLA ENERGIA E SERVIÇOS S.A

RECORRIDA – JUNTA DE REVISÃO FISCAL

RELATOR - CONSELHEIRO LUIZ CHOR

REDATOR – CONSELHEIRO PAULO EDUARDO DE NAZARETH MESQUITA

Participaram do julgamento os Conselheiros: Luiz Chor, Paulo Eduardo de Nazareth Mesquita, Antonio Silva Duarte e Roberto Lippi Rodrigues.

**ICMS – ENERGIA ELÉTRICA – DEMANDA
CONTRATADA – NOTA DE LANÇAMENTO**

PRELIMINAR DE NULIDADE DA NOTA DE LANÇAMENTO por ilegitimidade passiva rejeitada. A Nota de Lançamento foi corretamente lavrada contra a concessionária, tendo em vista ser esta contribuinte de direito do imposto, ao contrário da autora da ação judicial, que, apesar de suportar de fato o seu encargo, não guarda qualquer relação jurídico-tributária com o fisco (contribuinte de fato).

PRELIMINAR DE NULIDADE DA NOTA DE LANÇAMENTO por impossibilidade jurídica, face à existência de liminar, impedindo o lançamento, rejeitada. A lavratura de Nota de Lançamento para prevenir a decadência do crédito tributário é uma prerrogativa do fisco, desde que, evidentemente, não haja identidade de litígios, nos termos do artigo 228 do Decreto-lei 05/75, o que foi declarado expressamente pela Douta Assessoria Jurídica da SEFAZ/RJ, em Parecer específico sobre a questão.

NO MÉRITO, devem integrar a base de cálculo do ICMS todas as importâncias cobradas pelas



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Fazenda
Conselho de Contribuintes

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL

Processo nº E-04 / 059.287 / 2012

Data: 01 / 08 / 2012 Fls: _____

Rubrica: _____ ID 42832756

PRIMEIRA CÂMARA – Acórdão nº 12.651 -fls. 2/7

concessionárias do serviço público relativas ao fornecimento da energia elétrica, constantes do documento fiscal. O imposto incide sobre o valor total cobrado ao consumidor e não somente sobre a demanda registrada no medidor.

**RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.
NOTA DE LANÇAMENTO PROCEDENTE.**

RELATÓRIO

A Recorrente teve lavrada contra si Nota de Lançamento, que tem por objetivo o valor do ICMS incidente sobre o valor referente a demanda contratada.

Foram citados como infringidos os artigos 2º, inc. I; 3º, inc. I; 4º, inc. I, 14, inc. VI; e artigo 15 da Lei n.º 2.657/96 e art. 2º Lei 4.056/02.

Às fls. 04/17 a Contribuinte apresentou impugnação, requerendo o acolhimento da defesa administrativa, com o fim de que fosse julgada improcedente a Nota de Lançamento, tendo em vista que nas operações de fornecimento de energia elétrica, as concessionárias são agentes arrecadadores do ICMS, que tem como sujeito ativo o Estado e como sujeitos passivos os consumidores, os quais suportam a carga fiscal do imposto.

A Junta de Revisão Fiscal julgou a Nota de Lançamento Procedente (fls.43/53).

Inconformada, a Contribuinte interpôs Recurso Voluntário, fls. 60/77, sustentando os mesmos argumentos de sua impugnação.

Em fls. 98/1006, a Representação da Fazenda opinou pelo desprovisionamento do Recurso Voluntário, a fim de que seja mantida a decisão de primeira instância.

É o Relatório.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Fazenda
Conselho de Contribuintes

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL

Processo nº E-04 / 059.287 / 2012

Data: 01 / 08 / 2012 Fls: _____

Rubrica: _____ ID 42832756

PRIMEIRA CÂMARA – Acórdão nº 12.651 -fls. 3/7

**VOTO DO RELATOR (VENCIDO)
CONSELHEIRO LUIZ CHOR**

Inicialmente, cabe afastar, de pronto, as alegações traçadas pela Representação da Fazenda, respaldada pelo parecer acostados aos autos às fls. 98/106.

Diferentemente do exposto, o Superior Tribunal de Justiça modificou seu entendimento e sedimentou seu juízo, inclusive sob a égide dos Recursos Repetitivos, no sentido de que o contribuinte de fato, no caso de energia elétrica, possui legitimidade ativa para demandar a respeito dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS.

Tal decisão foi concretizada através do julgamento do Recurso Especial nº 1.299.303/SC:

“RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

- Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Fazenda
Conselho de Contribuintes

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL

Processo nº E-04 / 059.287 / 2012

Data: 01 / 08 / 2012 Fls: _____

Rubrica: _____ ID 42832756

PRIMEIRA CÂMARA – Acórdão nº 12.651 -fls. 4/7

- O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica ao casos de fornecimento de energia elétrica.

Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil.”

As concessionárias de energia elétrica, portanto, não possuem legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo das ações que tratam da legalidade e também a repetição de valores recolhidos a título de ICMS incidente sobre energia elétrica. As concessionárias somente arrecadam e transferem os valores referentes ao tributo para o Estado.

Nesse sentido, a Recorrente, na qualidade de arrecadadora, somente deu cumprimento à decisão judicial, sem que com isso pudesse ser considerada legitimada a figurar como sujeito passivo na respectiva nota de lançamento.

Ao modificar seu entendimento, o colendo STJ admitiu que a relação tributária, no tocante ao ICMS incidente sobre a energia elétrica, se estabelece entre o ente tributante e o contribuinte de fato, consumidor final. Portanto, sendo a concessionária de energia elétrica mera arrecadadora do ICMS, sem, contudo, participar da relação jurídica, impossível sua notificação pelo Estado do Rio de Janeiro.

Desta forma, **DOU PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário, para julgar improcedente notificação de lançamento.

É o voto

VOTO (VENCEDOR)
CONSELHEIRO PAULO EDUARDO DE NAZARETH MESQUITA

Quanto à preliminar de nulidade da Nota de Lançamento por ilegitimidade passiva, rejeito-a com fulcro no Parecer ERMP nº 760/12, de fls. 85/90 do processo nº E-04/059097/12, conexo ao presente, que esclarece:



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Fazenda
Conselho de Contribuintes

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL

Processo nº E-04 / 059.287 / 2012

Data: 01 / 08 / 2012 Fls: _____

Rubrica: _____ ID 42832756

PRIMEIRA CÂMARA – Acórdão nº 12.651 -fls. 5/7

“Quanto à legitimidade passiva, ressalta-se que a Nota de Lançamento foi corretamente lavrada contra a concessionária, tendo em vista ser esta contribuinte de direito do imposto, ao contrário da autora da ação, que, apesar de suportar de fato o seu encargo, não guarda qualquer relação jurídico-tributária com o fisco (contribuinte de fato) (...)”.

Quanto à preliminar de nulidade da Nota de Lançamento por suposta inviabilidade jurídica da constituição do crédito tributário, em face da existência de liminar suspendendo a exigibilidade, com depósito judicial garantindo a totalidade do crédito em disputa, rejeito-a, com base, igualmente, no entendimento da Douta Representação da Fazenda, de que a lavratura de Nota de Lançamento para prevenir a decadência do crédito tributário é uma prerrogativa do fisco, desde que, evidentemente, não haja identidade de litígios, nos termos do artigo 228 do Decreto-lei 05/75¹, o que foi declarado expressamente pela Douta Assessoria Jurídica da SEFAZ/RJ no citado Parecer.

Além disso, como destacado pelo ilustre Procurador Eric Ribeiro Maués Paixão, citando outro Parecer, de autoria da procuradora Cláudia Freze da Silva, elaborado nos autos do processo nº E-04/053137/2008, aprovado pela Procuradora Geral do Estado:

“(...) A Nota de Lançamento terá tramitação normal, com a abertura de prazo para oferecimento de impugnação fiscal, mas, ainda que se verifique o encerramento da instância administrativa, não poderá ser inscrita em dívida ativa, eis que o tributo permanece inexigível, em razão (i) dos depósitos realizados, que

¹Art. 228 - A propositura de ação judicial preventiva ou declaratória, com ou sem suspensão da exigibilidade do crédito tributário, **não impedirá o lançamento de ofício**, caso ainda não efetivada a constituição do crédito.

Parágrafo único - Na hipótese deste artigo e **havendo identidade com o feito, ficará prejudicada a via administrativa para discussão do crédito tributário**, e sua cobrança observará o disposto no parágrafo único do artigo 227 deste Decreto-lei. (grifei)



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Fazenda
Conselho de Contribuintes

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL

Processo nº E-04 / 059.287 / 2012

Data: 01 / 08 / 2012 Fls: _____

Rubrica: _____ ID 42832756

PRIMEIRA CÂMARA – Acórdão nº 12.651 -fls. 6/7

serão futuramente convertidos em renda para o Estado, ou (ii) da decisão judicial que suspendeu a exigibilidade do crédito. De outra sorte, caso o contribuinte se consagre vencedor no processo judicial, a nota de lançamento deverá ser cancelada” (grifei)

No mérito, é entendimento oficial da SEFAZ/RJ que:

“Devem integrar a base de cálculo do ICMS todas as importâncias cobradas pelas concessionárias do serviço público relativas ao fornecimento da energia elétrica, constantes do documento fiscal. O imposto incide sobre o valor total cobrado ao consumidor e não somente sobre a demanda registrada no medidor”.

Tal parecer fundamenta-se nos termos da alínea “a” do inciso II do §1º do artigo 13 da Lei Complementar nº 87/96, c/c alínea “a” do inciso II do artigo 5º da Lei 2657/96².

Isto posto, voto pelo DESPROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a decisão *a quo* em sua totalidade.

²Art. 13. A base de cálculo do imposto é: [...]

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo: (§ 1º do art. 13 com a redação dada pela Lei Complementar 114/02, a partir de 17.12.02). [...]

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e **demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas**, bem como descontos concedidos sob condição;

Art. 5º - Integra a base do cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V, do artigo 4º: (Caput do art. 5º com a redação dada pela Lei 3733/01, com efeitos a partir de 01.01.02). [...]

II - o valor correspondente a:

a) - seguro, juro e **qualquer importância paga, recebida ou debitada**, bem como descontos concedidos sob condição; (grifei)



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado de Fazenda
Conselho de Contribuintes

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL

Processo nº E-04 / 059.287 / 2012

Data: 01 / 08 / 2012 Fls: _____

Rubrica: _____ ID 42832756

PRIMEIRA CÂMARA – Acórdão nº 12.651 -fls. 7/7

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que é Recorrente a **AMPLA ENERGIA E SERVIÇOS S.A** e Recorrida a **JUNTA DE REVISÃO FISCAL**.

Acorda a **PRIMEIRA CÂMARA** do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Conselheiro Paulo Eduardo de Nazareth Mesquita, designado Redator. Vencidos o Conselheiro Relator Luiz Chor e o Conselheiro Antonio Silva Duarte, que deram provimento ao recurso.

PRIMEIRA CÂMARA do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, em 10 de junho de 2014.

**LUIZ CHOR
RELATOR**

**PAULO EDUARDO DE NAZARETH MESQUITA
REDATOR**

**ROBERTO LIPPI RODRIGUES
PRESIDENTE**

/LGON/