

A. I. Nº - 269200.0333/12-4
AUTUADO - MINERAÇÃO CARAÍBA S/A.
AUTUANTES - JOÃO FLÁVIO MARQUES DE FARIA, LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA,
JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO e LUCIANA MATHIAS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 08/07/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0145-03/13

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. DESPESAS ACESSÓRIAS. AQUISIÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Inclui-se na base de cálculo do ICMS, nas operações com energia elétrica, a TUST - Tarifa de Utilização do Sistema de Transmissão. A legislação de regência do ICMS atribui ao consumidor de energia elétrica a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pela conexão e uso dos sistemas de transmissão na entrada de energia elétrica no seu estabelecimento. Os valores exigidos [ICMS sobre a TUST e a TUSD] estão amparados pelas regras contidas no Convênio ICMS 117/04 celebrado em 10/12/04 com efeitos a partir de 1º/01/05. Refeitos os cálculos, para exclusão de exigência que já havia sido objeto de lançamento de ofício por meio do Auto de Infração nº 206900.0066/09-3 imposto lançado ficou reduzido. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 06/12/2012, exige ICMS no valor de R\$1.302.407,81, acrescido da multa de 60% em decorrência do recolhimento a menos do ICMS incidente sobre a conexão e uso do Sistema de Transmissão na entrada de Energia Elétrica no seu estabelecimento consumidor ligado à rede básica. Em decorrência de erro na determinação da Base de Cálculo.

Consta como suplemento na “Descrição dos Fatos”: *“Auditoria contemplando as operações de aquisição de energia elétrica no mercado de livre contratação. Esta fiscalização abarcou: a verificação do ICMS incidente na transmissão de energia elétrica (TUST, conexão e encargos) com base em relatório produzido pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, bem como o imposto incidente na liquidação de energia elétrica no mercado de curto prazo, no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE. Quanto à TUST, os valores de débito estão discriminados a seguir. No que se refere às operações de liquidação junto à CCEE, não foram identificados valores a cobrar.”*

O autuado, na impugnação apresentada fls. 26 a 35, por meio de advogado com procuração à fl. 36, inicialmente transcreve o teor da infração e, em seguida passa a apresentar suas razões de defesa.

Afirma que o Auto de Infração comete liminarmente duas impropriedades cujas soluções devem antepor-se à total e absoluta ilegalidade em que no mérito incorrem as exigências. Inicialmente sustenta que os fatos geradores relativos ao período de 31/01/2007 a 30/11/2007, consoante o §4º do art. 150, do Código Tributário Nacional - CTN, encontram-se irremediavelmente maculados pela decadência, já que tomou ciência da autuação em 27/12/2012. Prossegue assegurando que, nesses termos, há que se deduzir de plano o valor de R\$541.832,84, relativo ao período atingido pela decadência. Arremata alertando que eventual interpretação da existência de dispositivos legais e/ou regulamentares conflitantes com o art. 151, §4º do CTN, a dar guarida à pretensão, esbarraria

na Súmula Vinculante nº 8 do STF, cujo teor transcreve. Acrescenta ainda que a orientação sumular não se circunscreve aos dispositivos legais dados como inconstitucionais, e que nesses termos é imprestável qualquer disposição de lei ordinária do Estado ou de Regulamento, como fundamento da exigência fiscal.

Afirma que, caso as instâncias decisórias do CONSEF insistam em albergar a exigência em relação ao período atingido pela decadência, inexoravelmente a indigitada exigência quedará ante ao controle da legalidade que se impõe, como dever de ofício, ao Procurador Geral do Estado, nos termos do art. 116-A do RPAF-BA/99. Acrescenta que, em face de decisões reiteradas dos Tribunais Superiores Pátrios a PGE deve abster-se de proceder à inscrição na Dívida Ativa, ajuizar a execução e tomar outras medidas correlatas.

Apresenta também como impropriedade cometida pela fiscalização a inexplicável sucessão de revisões de lançamento abrangendo os mesmos fatos geradores, e o mais inusitado, promovidas por autoridades oficiantes lotadas na mesma repartição fiscal de seu domicílio fiscal. Cita os Autos de Infração lavrados anteriormente: A.I. nº 206900.0066/09-3, fls. 55 a 59, no qual a exigência foi identificada como Infração 3, e abrangeu o período de 01/01/2005 a 31/12/2008, exigindo o valor de R\$1.260.421,41 e o A.I. nº 206917.0001/10-3 fls. 60 a 62, no qual a exigência foi identificada como Infração 01, abrangendo o período de 31/03/2009 a 31/07/2009, totalizando R\$173.806,19.

Assinala que, sem qualquer justificativa plausível, ocorreria a superposição de lançamentos originais e de revisão no período de 31/01/2007 a 31/12/2008 - A.I. nº 206900.0066/09-3 e A.I. nº 269200.0333/12-4), no caso ainda agravado pela decadência no período de 31/01/2007 a 30/11/2007; assim como superpostos também estão os lançamentos dos A.I. nº 206917.0001/10-3 e A.I. nº 269200.0333/12-4 em relação ao período de 31/03/2009 a 31/07/2009.

Pondera que o autuante não atentou às disposições dos art. 145 e 149 do CTN, que estabelece de forma restritiva as hipóteses em que o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo pode ser alterado.

Clama a atenção para o fato de que as revisões aqui levadas a cabo não se enquadram em qualquer das hipóteses de exceção de que cuida o art. 145, inciso III, c.c. o art. 149 do CTN, o que resulta a ilegalidade flagrante do procedimento fiscal. Frisa que nada indica nos autos se a autuação levou em conta e deduziu os valores lançados no A.I. nº 206900.0066/09-3, relativos ao período de 31/01/2007 a 31/12/2008, sob pena de incorrer em inequívoco “*bis in idem*”.

Assevera que os lançamentos precedentes aos ora impugnados, na medida em que não estavam eivados de quaisquer dos vícios previstos no art. 149 do CTN, constituem-se critérios jurídicos adotados pelas respectivas autoridades administrativas, só passíveis de alteração, em relação ao mesmo sujeito passivo, em relação aos fatos geradores ocorridos após a respectiva introdução da mudança de critério, ao teor do mandamento expresso no art. 146 do CTN.

Destaca que a propalada incidência do ICMS sobre a Tarifa de utilização do sistema de transmissão - TUST e sobre encargos de conexão, resulta flagrantemente abusiva e desprovida de substrato legal. Aduz que não há que se falar, destarte, de recolhimento a menor do referido imposto, não se concebe complementar o que originalmente revela-se ilegal. Colaciona diversos julgados - STJ, à guisa de exemplo para demonstrar o posicionamento desta Côrte sobre essa matéria, que, segundo seu entendimento, assinala afigurar-se consolidado.

Observa que por se tratar de entendimento reiterado e consolidado do Egrégio STJ e excluída a possibilidade de reexame da matéria pelo STF, vez que ausente o confronto constitucional como pré-requisito, levar adiante a exigência fiscal resultaria perda de tempo de recursos tanto para ela, quanto para a própria administração, pois ainda que mantida nas duas instâncias do CONSEF a indigitada exigência esbarraria do controle da legalidade que se impõe, como dever de ofício, ao Procurador Geral do Estado, nos termos do art. 116-A, do RPAF-BA/99, que transcreve.

Diz ser fato que a exigência em questão vêm sendo formulada contra diversos contribuintes do Estado da Bahia e de outras Unidades Federadas, usuários de energia elétrica na condição de consumidores livres (ou potencialmente livres), a guisa de substituição tributária, e refere-se à

cobrança do ICMS sobre as tarifa de utilização do sistema de transmissão, TUST, assim como de encargos de conexão, conforme previsto no Convênio ICMS nº 117/2004 (alterado pelos Convênios ICMS 59/05 e 135/05) e no art. 571-B, do RICMS-BA/97. Assevera que a exação foi fulminada pelo sólido entendimento do STJ e certamente o Estado da Bahia irá curvar-se àquela escorreita orientação, jungido que sempre esteve aos primados da constitucionalidade e da legalidade.

Apresenta contextualização histórica que resultou na reestruturação das Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS, disciplinada pela Lei nº 9.648/98, para enfatizar a previsão estatuída de que a compra de energia elétrica tem natureza diversa da aquisição de acesso ao uso dos sistemas de transmissão e de concessão.

Destaca que por expressa imposição legal, é indiscutível e forçosa a conclusão que os valores pagos a título de contratação de uso do sistema de transmissão e distribuição não constituem operações com energia elétrica. Prossegue assinalando que, para o enquadramento de tais verbas na hipótese de incidência do ICMS, somente seria possível se esses acessos aos sistemas de conexão e transmissão fossem conceituados como mercadorias.

Afirma que a disponibilização de conexão e a utilização do sistema de transmissão não compreendem, em si, a natureza de coisa móvel postas em mercado, portanto objeto de uma compra e venda, afastando, assim, a incidência do ICMS sobre a operação, quer seja por não se tratar de mercadoria, em seu conceito amplo, quer seja por não se tratar de operação com energia elétrica em seu conceito restrito. Prossegue mencionando que a disponibilização de conexão e utilização do sistema de transmissão não implicam em si, uma contra prestação de serviços por restar evidente não se tratar de esforço humano prestado à terceiros, por empresa ou profissional autônomo, com conteúdo econômico, em caráter negocial, sob regime de direito privado, tendente à obtenção de um bem material ou imaterial, como haveria de configurar-se a prestação de serviços. Arremata inferindo que a disponibilização da conexão, e utilização dos sistemas de transmissão e distribuição nada mais é do que uma cessão onerosa da infraestrutura, completamente dissociada do conceito de mercadoria ou serviço.

Pondera que a Lei Complementar nº 116/03, mesmo ampliando desmesuradamente o conceito de serviços, ao oferecer uma lista com itens que claramente não se constituem em serviços, não abarcou em seu conjunto as operações de conexão e transmissão de energia elétrica. Frisa que, inobstante a falta de previsão expressa, os municípios poderiam perfeitamente, buscar o enquadramento destas operações no item 3.04 da lista de serviços anexa a LC 116/03, que reproduz.

Sustenta que as Secretarias de Fazenda Estaduais, aproveitando-se da omissão adrede das autoridades fazendárias municipais, confundiram as duas relações contratuais de naturezas jurídicas distintas, compra de energia elétrica e cessão onerosa de infraestrutura de conexão e utilização dos sistemas de transmissão, que são independentes e autônomas, passando a incluir tais cessões na hipótese de incidência do ICMS.

Assinala que o CONFAZ, fez editar o Convênio ICMS 117/04 absorvendo no campo de incidência do ICMS a conexão e uso dos sistemas de transmissão e atribuindo ao consumidor de energia elétrica conectado à rede básica a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido na entrada de energia elétrica no seu estabelecimento, e com a mesma agilidade, o fisco baiano alterou o regulamento do ICMS para, no artigo 571-B repisar o disposto no Convênio ICMS 117/04, cujo teor transcreve.

Tece comentários acerca da tramitação do Projeto de Lei Complementar PLC nº 352/2002, de autoria do então Senador Lúcio Alcântara, acrescentando ao art. 2º da Lei Complementar nº 87/96 o §3º, cujo teor transcreve, para aduzir que a pretensão tributária padece de vício congênito, e que a sua manutenção, além de inconstitucional e ilegal, fere a moral. Prossegue destacando que o projeto foi elaborado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária. Arremata inferindo que se houve projeto de lei complementar de lavra do CONFAZ tramitando do Congresso Nacional, pretendendo dar maior abrangência à incidência do ICMS sobre energia elétrica, para tornar factível a incidência também sobre a TUSD, a TUST e a demanda contratada, é porque há o

reconhecimento explícito de que a Lei Complementar nº 87/96 não é capaz de abarcar tais incidências com a redação atual.

Cita como aspecto igualmente relevante à exegese do art. 13 da LC nº 87/96, notadamente o seu §1º, que expressamente define as rubricas que integram a base de cálculo embora não se subsumindo perfeitamente ao “caput” do artigo. Prossegue aduzindo que, como foi necessário que o §1º da referida LC explicitasse quais as rubricas que não são base de cálculo “*stricto sensu*”, mas que integram a base de cálculo no sentido “*lato sensu*”, como é o caso do seguro, juros e demais importâncias pagas ou recebidas, de igual modo haveria a necessidade de explicitação em relação à TUSD. Enfatiza que tais rubricas não compõem sequer o contrato de fornecimento de energia elétrica, pois são contratos independentes, ainda que em situação eventual - mas não necessariamente - as linhas de transmissão, de distribuição e de conexão pertençam à própria geradora de energia elétrica.

Repisa que a autuação, além de incorrer em equívocos que comprometem materialmente a exigência fiscal, vez que parte dos créditos estaria atingida pela decadência da respectiva constituição, outra parte incorre em “*bis in idem*”. Continua enfatizando que os lançamentos anteriores não poderiam ser arbitrariamente alterados pela ação fiscal e frisa aduzindo que, em que pese o Convênio ICMS 117/2004 e o art. 571-B do RICMS-BA/97 então vigente, a exigência fora fulminada pelo entendimento superveniente do o Superior Tribunal de Justiça. Arremata mencionando que ao teor do art. 116-A do RPAF-BA/97, a PGE deverá, de ofício, abster-se de inscrever o débito em Dívida Ativa e de propor a execução fiscal.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração, ou, se assim não for entendido, considerar operada a decadência do período de 01/2007 a 11/2007, assim como determinar que seja excluída a duplicidade de exigência em relação ao período de 01/2007 a 12/2008, e, por fim, que prevaleça em relação aos períodos superpostos o entendimento dos lançamentos originários, ao teor do art. 146 do CTN.

Os autuantes, em função das ponderações articuladas em sede de defesa pelo sujeito passivo que reproduz, prestam informação fiscal, fls. 67 a 77, e com o intento de manter a autuação, aduzem as ponderações a seguir resumidas.

Em relação à alegação de decadência dos créditos tributários cujos fatos geradores tenham ocorrido de janeiro a novembro de 2007, destacam que o CONSEF tem sedimentado o entendimento de que a decadência do direito de constituir crédito relacionado ao ICMS opera-se de acordo com o art. 173 do CTN. Observa-se, ainda, que o art. 28 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, reza no seu §1º que se inicia a contagem do prazo para sua homologação a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte.

Depois de tecerem comentários acerca dos artigos 90 e 965, I do RICMS-BA/97, e do art. 107-B do COTEB, sustentam que, tendo em vista que a ocorrência mais antiga é 31/01/2007 e o Auto de Infração foi lavrado em 06/12/2012, não há falar em decadência, pois esta só ocorreria a partir de 01/01/2013.

No tocante à alegação de que a revisão de lançamento não é autorizada pela legislação tributária, afirmam que igualmente não merece guarida. Esclarecem que o art. 149, inciso V, do CTN, expressamente autoriza a revisão de lançamento no caso de inexatidão ocorrida no exercício da atividade fiscalizadora para homologação de lançamento. Prosseguem observando que foi isto que exatamente ocorrera, haja vista que realmente houve lançamentos anteriores, conforme afirmado, onde a autoridade administrativa efetuou o lançamento em valores inferiores ao devido. Observam que ocorrera, tão-somente, a complementação dos créditos tributários lançados a menos, sem que tivesse havido qualquer mudança nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento, e que por ISS, deve ser afastada a alegada incidência do art. 146 do CTN.

Revelam que, efetivamente, ocorrera superposição de lançamento entre os valores constantes do presente auto de infração e os valores lançados no Auto de Infração nº 206900.0066/09-3,

correspondente ao período de 31/01/2007 a 31/12/2008, valores estes que não foram abatidos para efeito da apuração do saldo devedor do imposto. Assinalam que apenas os valores do imposto lançados no Auto de Infração nº 206917.0001/10-3, correspondente ao período de 01/2009 a 06/2009, foram considerados para efeito do cálculo do saldo devedor do imposto.

Mencionam que foi elaborado novo demonstrativo de débito, fls. 78 e 79, no qual foram considerados os valores já lançados anteriormente no Auto de Infração nº 206900.0066/09-3, o que resultou na redução do débito no período de 01/01/2007 a 31/12/2008 no valor de R\$693.160,11, ou seja, o valor total lançado correspondente ao período indicado, que era de R\$1.007.312,92, passou a ser de R\$314.152,81. Esclarecem arrematando que, com isso, o total da infração 01 em todo o período fiscalizado perfaz o montante de R\$609.247,70, referente ao imposto devido em valores históricos.

Ao tratar do mérito, sustentam que não deve prosperar a alegação do impugnante de que os fatos apontados não seriam geradores do ICMS, por não ser previsto na lei a sua incidência.

Destacam que com a “privatização” do setor elétrico, o fornecimento de energia elétrica passou a abarcar três distintas atividades com diferentes etapas, sob a responsabilidade de seus respectivos agentes: a geração, o transporte e a distribuição de energia elétrica. Arrematam destacando que antes era fácil a visualização das operações por ocorrer em única etapa, o fornecimento de energia ao consumidor final.

Assinalam que houve uma decomposição do preço de custo da energia, separando-se o custo da energia elétrica propriamente dito e os demais custos acessórios, como os custos de transmissão e conexão, bem como os demais encargos incidentes sobre operações vinculadas ao fornecimento de energia elétrica como um todo. Enfatizam que se tais custos acessórios forem considerados como desvinculados das operações de circulação de energia elétrica, ocorreria uma redução indevida na base tributária do imposto em relação ao que ocorria anteriormente à “privatização”, que já embutia tais custos no valor da tarifa sem questionamento algum. Arrematam sustentando que a decomposição do setor elétrico em diferentes etapas não pode por si só reduzir o fato impositivo tributário, não sendo juridicamente aceitável que, com escopo completamente outro, a modificação administrativa do setor elétrico acarretasse reflexo tão negativo na ordem tributária, e consequentemente, nas finanças públicas estaduais.

Observam que a tributação da Tarifa de utilização dos sistemas de transmissão, conexão - TUST e demais encargos incidentes nas diferentes etapas em que se encontram divididas as operações de fornecimento de energia elétrica nos dias atuais, nada mais é que tributar a própria energia elétrica, já que constituem partes inerentes dela, não se podendo desvincular tais operações, mantendo-se, assim, o que já ocorria antes da “privatização” do setor elétrico.

Afiançam, em relação ao entendimento jurisprudencial colacionado acerca de decisão isolada do Superior Tribunal de Justiça, que não pode ser considerada como “entendimento reiterado e consolidado” deste Tribunal. Frisam que a matéria, certamente, ainda será objeto de muita discussão, cabendo às Procuradorias dos estados reverterem este entendimento, que diz acreditar ser completamente equivocado.

Quanto à alegada falta de previsão legal para a cobrança do imposto em tais circunstâncias, destacam que houve apenas um disciplinamento da sua cobrança, e não sua instituição, já prevista na regra geral de incidência (imposto incidente sobre operações de circulação de mercadorias, tal qual considerada a energia elétrica). Dizem ser perfeitamente legal seu disciplinamento mediante convênio entre as diferentes unidades da Federação.

Frisam que a falta de instrumento jurídico emanado do Executivo estadual não se constitui óbice à sua exigibilidade. Assevera que a introdução de normas jurídicas oriundas de convênios interestaduais no ordenamento jurídico estadual por meio de instrumento específico (Decretos) somente se faz necessário em matéria de convênios autorizativos, o que não se verifica no caso, por se tratar de convênio meramente por adesão, produzindo efeitos desde sua assinatura pelos entes federados.

Dizem que o fato de haver Proposta de Lei Complementar - PLC nº 352/2002, atinente á matéria, em nada altera o entendimento aqui esposado. Esclarecem que o Projeto de Lei em comento não tem por escopo dar maior abrangência à incidência do ICMS sobre energia elétrica, mas sim, regular controvérsia da matéria nas diferentes instâncias sociais, mas que em nada modifica o ordenamento jurídico posto. Arrematam frisando que acaso o PLC venha a ser aprovado e vigorar, não inovará o ordenamento jurídico, apenas terá caráter meramente interpretativo à luz do art. 106, inciso I, do CTN.

Concluem asseverando que as considerações prestadas pelo autuado mostram-se incapazes de ilidir por completo a autuação e requer a procedência parcial do Auto de Infração no valor de R\$609.247,70, com a redução do montante do tributo lançado no valor histórico de R\$693.160,11, conforme demonstrativo colaciona às fls. 78 e 79.

VOTO

Inicialmente, cabe analisar a preliminar de decadência suscitada pelo sujeito passivo, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente fatos ocorridos no exercício de 2007, tendo sido lavrado em 06/12/2012, o defendente alegou que o fisco não exerceu de forma tempestiva o seu direito de constituir o crédito tributário, fundamentando a sua alegação no art. 150, §4º do Código Tributário Nacional - CTN, apresentando o entendimento de que a contagem do prazo decadencial começa da data do fato gerador.

Em que pese a farta argumentação articulada pelo impugnante, não há como prosperar sua pretensão, especialmente no que tange à Súmula Vinculante 08 do STF, eis que, sua aplicabilidade cinge-se a questões atinentes às contribuições previdenciárias. Ademais, a legislação do Estado da Bahia fixa expressamente prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, §4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

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 à homologação, será ele de 5 (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 o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Frise-se, que o Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, estabelece nos artigos. 28, §1º e 107-B, §5º:

Art. 28. Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.

§ 1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Art. 107-B. 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.

§ 5º Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2007 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2012. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 06/12/2012, nesta data, ainda não havia operado a decadência, sendo, portanto, inteiramente válido o lançamento do tributo.

Logo, fica patente nos autos que quando da lavratura do Auto de Infração, em 06/12/2012, não havia operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores do exercício de 2007, cujo termo deste direito só ocorrera em 31/12/2012.

No que tange a alegação de que ocorrera *bis in idem*, pelo fato da existência da lavratura de Autos de Infração lavrados anteriormente ao presente, verifico que assiste razão ao autuado, uma vez que ficou comprovado nos autos que parte do A.I. de nº 206900.0066/09-3 albergam acusação fiscal e períodos coincidentes com parte da exigência objeto do lançamento de ofício, ora em lide. Já em relação de nº 206917.0001/10-3, verifico os valores correspondentes ao período de 01/2009 a 06/2009 foram considerados no cálculo para apuração do saldo devedor do imposto, portanto, não deve prevalecer alegação da defesa de exigência em duplicidade.

Quanto à alegação do impugnante de que ocorrera ilegalidade por falta de previsão legal para a revisão do lançamento, não deve prosperar, haja vista que não tendo transcorrido o prazo decadencial não há que se falar em ilegalidade como se depreende da interpretação do inciso IX e do parágrafo único do art. 149 do CTN, *in verbis*.

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

[...]

IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

Ademais, expressamente o §1º do RPAF-BA/99 alberga a possibilidade de correções sem inquinar de nulidade o Auto de Infração, desde que seja possível determinar com clareza o montante do débito tributário a o fato superveniente seja comunicado ao sujeito passivo, como nitidamente se infere do teor do dispositivo regulamentar abaixo reproduzido.

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Logo, entendendo superadas as questões de ordem preliminar suscitadas pelo sujeito passivo.

Quanto ao mérito, o Auto de Infração foi lavrado em decorrência do recolhimento a menos do ICMS incidente sobre a conexão e uso do Sistema de Transmissão na entrada de Energia Elétrica no seu estabelecimento consumidor ligado à rede básica. Em decorrência de erro na determinação da Base de Cálculo.

O impugnante refutou o cometimento da infração, com base na Lei nº 9.648/98, que disciplinou a reestruturação das Centrais Elétricas Brasileiras – ELETROBRÁS, sob o fundamento de que por expressa imposição legal, é indiscutível e forçosa a conclusão que os valores pagos a título de contratação de uso do sistema de transmissão e distribuição não constituem operações com energia elétrica.

Ora, há de se convir que a citada Lei não tem o condão de atribuir qualquer responsabilidade tributária aos agentes envolvidos, por tratar exclusivamente de mera reestruturação de setor produtor de energia elétrica.

Por seu turno, a exigência fiscal, ora em lide, afigura-se devidamente estatuída na legislação tributária estadual originariamente do Convênio ICMS 117/2004 e recepcionado no RICMS-BA/97, em seu art. 571-B, como, aliás, bem reconhece o sujeito passivo que assim se expressou em sua impugnação: “*É fato que a exigência em questão vêm sendo formulada contra diversos contribuintes do Estado da Bahia e de outras Unidades Federadas, usuários de energia elétrica na condição de consumidores livres (ou potencialmente livres), a guisa de substituição tributária, e refere-se à cobrança do ICMS sobre as tarifa de utilização do sistema de*

transmissão, TUST, assim como de encargos de conexão, conforme previsto no Convênio ICMS nº 117/2004 (alterado pelos Convênios ICMS 59/05 e 135/05) e no artigo 571 -B, do RICMS-BA/97”

Portanto, não há dúvida quanto o cometimento da infração pelo autuado, uma vez que a Cláusula Primeira do Convênio ICMS 117/04, referendado pelo art. 571-B do RICMS/BA prevê que *“Fica atribuída ao consumidor de energia elétrica conectado à rede básica a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pela conexão e uso dos sistemas de transmissão na entrada de energia elétrica no seu estabelecimento”*.

Observo que o art. 155, XII, “b” da Constituição Federal, delega que *“Cabe a lei complementar dispor sobre a substituição tributaria”*. Já o art. 6º da LC 87/96 estabelece que a *“Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário”*, bem como os artigos 2º, § 1º, III, e 12, XII, da mesma LC 87/96, determina incidência do ICMS sobre a entrada de energia elétrica decorrente de operação interestadual quando não destinada à comercialização ou à industrialização, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente, ocorrendo o fato gerador do imposto no momento da entrada no Estado.

Ao compulsar os Auto de Infração, precisamente o conteúdo da informação fiscal prestada, constato que o autuante, diante da comprovação inequívoca, não só reconheceu a procedência da alegação do impugnante, como procedera corretamente às exclusões das exigências que já haviam sido objeto de lançamento anterior. Com o expurgo das exigências sobrepostas, verifico que o novo demonstrativo elaborado pelo autuante e colacionado às fls. 78 e 79, corresponde à realidade dos fatos.

Portanto, acolho os valores discriminados no demonstrativo de débito no valor de R\$609.247,70, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - FLs. 78 e 79		
D.OCORR./VENC.	VLR. HISTÓRICO	ICMS DEVIDO
31/01/2007	64.245,93	32.294,89
28/02/2007	64.028,48	32.261,04
31/03/2007	60.238,44	31.667,34
30/04/2007	64.396,41	32.336,04
31/05/2007	64.335,97	32.295,82
30/06/2007	65.139,23	32.548,97
31/07/2007	36.683,94	7.041,04
31/08/2007	29.023,79	5.787,93
30/09/2007	29.605,31	5.847,35
31/10/2007	29.624,11	5.872,70
30/11/2007	34.511,23	6.657,22
31/12/2007	32.611,84	6.388,52
31/01/2008	26.132,28	5.245,24
29/02/2008	13.072,37	3.053,56
31/03/2008	61.424,12	10.855,04
30/04/2008	36.087,94	6.834,14
31/05/2008	36.607,61	6.896,22
30/06/2008	34.351,46	6.552,28
31/07/2008	37.803,89	7.303,97
31/08/2008	37.816,03	7.351,54
30/09/2008	37.386,66	7.283,95
31/10/2008	36.578,03	7.152,34
30/11/2008	38.184,19	7.435,66
31/12/2008	37.423,66	7.190,01
31/01/2009	10.091,61	10.091,61
28/02/2009	7.931,29	7.931,29
31/03/2009	7.498,09	7.498,09
30/04/2009	9.114,00	9.114,00
31/05/2009	7.331,17	7.331,17
30/06/2009	1.324,16	1.324,16
31/07/2009	1.547,86	1.547,86
31/08/2009	1.549,84	1.549,84
30/09/2009	1.564,71	1.564,71
31/10/2009	1.458,92	1.458,92

30/11/2009	1.327,21	1.327,21
31/12/2009	1.373,27	1.373,27
31/01/2010	10.298,18	10.298,18
28/02/2010	8.150,95	8.150,95
31/03/2010	5.647,13	5.647,13
30/04/2010	7.131,95	7.131,95
31/05/2010	6.828,66	6.828,66
30/06/2010	7.374,04	7.374,04
31/07/2010	7.065,27	7.065,27
31/08/2010	9.582,75	9.582,75
30/09/2010	10.823,68	10.823,68
31/10/2010	10.086,21	10.086,21
30/11/2010	10.587,97	10.587,97
31/12/2010	9.840,31	9.840,31
31/01/2011	11.848,33	11.848,33
28/02/2011	11.594,18	11.594,18
31/03/2011	11.098,72	11.098,72
30/04/2011	11.130,00	11.130,00
31/05/2011	10.842,09	10.842,09
30/06/2011	11.411,79	11.411,79
31/07/2011	11.967,24	11.967,24
31/08/2011	12.339,37	12.339,37
30/09/2011	11.697,63	11.697,63
31/10/2011	18.683,05	18.683,05
30/11/2011	4.740,07	4.740,07
31/12/2011	12.213,19	12.213,19
TOTAL DO ICMS	1.302.407,81	609.247,70

Pelo exposto devem ser mantidos os valores exigidos com base no novo levantamento elaborado pelo autuante que contemplou as exclusões das exigências que já haviam sido objeto de Autos de Infração lavrados anteriormente com infração e períodos de ocorrência coincidentes. Infração parcialmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269200.0333/12-4**, lavrado contra **MINERAÇÃO CARAÍBA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$609.247,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - JULGADOR