

A. I. N° - 279757.0080/20-5
AUTUADO - MORRO BRANCO I ENERGÉTICA S.A.
AUTUANTES - AGILBERTO MARVILA FERREIRA e MARCO AURÉLIO SOARES FERREIRA
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 19/05/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0079-03/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. CONEXÃO E USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. REDE BÁSICA. Verificado insanável vício no procedimento fiscal a impedir o prosseguimento do PAF, pois, os fatos concretos divergem dos descritos na infração tipificada. Infração nula. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/10/2020, exige o valor de R\$58.179,62, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da **Infração 01 - 002.001.021**. Falta de recolhimento do ICMS incidente sobre a conexão e uso dos Sistemas de Transmissão na entrada de Energia Elétrica no seu estabelecimento consumidor ligado à rede básica. Mesmo tendo sido, a Operação, regularmente escriturada e emitida a correspondente Nota Fiscal de entrada, nos meses de agosto a dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016.

O Autuado apresenta Impugnação às fls. 24 a 32, depois de observar sua tempestividade alinha os argumentos a seguir resumidos.

Inicialmente destaca ser o estabelecimento autuado uma Central Geradora de energia Eólica, com matriz inscrita no CNPJ sob o nº 19.354.626/0001-24, com sede na Av. Eng. Domingos Ferreira, nº 2.589, 8º andar (parte), Boa Viagem, CEP 51.020-031, Recife/PE, e filial (unidade geradora) inscrita no CNPJ sob o nº 19.354.626/0002-05, localizada no Município de Sento Sé, Estado da Bahia, que teve outorgado o regime de Produção Independente de Energia Elétrica - PIE pelo Ministério de Minas e Energia (MNE), por ter se sagrado vencedora no Leilão nº 05/2013, conforme atesta a Portaria MNE nº 52, de 12/02/2014 anexa (doc.05).

Salienta que a geração é o segmento da indústria de eletricidade responsável por produzir energia elétrica e injetá-la na rede, nos sistemas de transporte (transmissão e distribuição), para que a energia chegue aos consumidores, sendo que o setor elétrico é composto por três atividades complementares, quais sejam, geração, transmissão e distribuição de energia: Geração, Transmissão e Distribuição

Esclarece que a geração se constitui da atividade de produção de energia a ser canalizada aos sistemas de transmissão ou distribuição para posterior entrega ao destinatário final. Frisa que após ser gerada, a energia transita por linhas de transmissão de alta tensão e para diminuir a tensão da energia, é submetida a subestações para redução de potência, por meio das distribuidoras, alcançando, assim, o consumidor final.

Observa que se encontra no início da cadeia elétrica, razão pela qual necessita utilizar a rede básica de transmissão de energia, tendo firmado o Contrato de Uso do Sistema de Transmissão (CUST) com o ONS (Operador Nacional do Sistema Elétrico) e as Concessionárias de Transmissão (doc. 06).

Aduz a falta de respaldo legal para cobrança de ICMS sobre a conexão e uso dos sistemas de transmissão de energia elétrica. Esclarecem que por ser geradora de energia que não se enquadra como “consumidora” de energia no mercado livre (ACL) e, portanto, a sua relação com as Concessionárias de Transmissão não se refere “a entrada de energia no seu estabelecimento consumidor”, como equivocadamente entendeu o Autuante, mas sim corresponde a uma relação em que ela é tomadora dos serviços de conexão e transmissão na rede básica da energia

produzida no seu estabelecimento, a fim de que a energia, uma vez vendida para distribuidoras e comercializadoras, chegue aos destinatários finais.

Esclarece que a Rede Básica consiste na infraestrutura necessária ao suprimento de energia elétrica para todas as regiões do País eletricamente interligadas, através do Sistema Interligado Nacional, sendo que as Transmissoras são empresas vencedoras de um leilão que recebem a outorga de concessão para prestação de serviço público de transmissão no âmbito do Sistema Interligado Nacional, pois as notas fiscais (doc. 07) suscitadas no auto de infração, que versam sobre a utilização da Rede Básica de Transmissão, tem como partes, de um lado, Transmissoras e, de outro, cuja atividade é de produzir energia através de sua Central Geradora Eólica.

Registra as várias designações para “utilização da rede de transmissão”, tomadas equivocadamente pelo Fisco como meio de consumo de energia: “encargos de conexão/uso de sistema”; “faturamento de transmissão RB”; “energia (rede básica)” e “cobrança dos encargos de uso do sistema de transmissão”.

Pondera que sua relação com as transmissoras de energia não é uma relação em que ela seria responsável pelo pagamento do ICMS sobre o CUST ou os encargos de conexão e transmissão por figurar como “consumidora” ou adquirente de energia, mas sim uma relação em que ela, sendo geradora de energia, se conecta ao sistema, estabelecendo uma relação jurídica de “uso” dos sistemas de conexão e transmissão de energia, a fim de que a energia seja vendida para comercialização e/ou distribuição aos consumidores.

Frisa que, ainda que se pudesse cogitar a possibilidade de cobrança do ICMS sobre o CUST e os encargos de conexão, o que se admite por mero esforço de argumentação, ainda assim tais valores não poderiam ser cobrados, eis que lhe faltaria legitimidade passiva nessa pretensa relação tributária, pois ela não utiliza a rede de transmissão para “adquirir” energia para seu consumo, mas sim produz energia (atividade de geração) e injeta na rede, a fim de que seja, ao final, distribuída aos consumidores.

Informa que anexa notas fiscais de venda de energia, fls. 67 a 73, que bem demonstram que a autuada, na qualidade de geradora de energia, vende seu produto (energia) para comercialização e distribuição por terceiros para os consumidores.

Assinala que a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL editou a Resolução Normativa nº 281/1999, determinando, em seu art. 10, §3º, que as geradoras de energia deverão firmar o Contrato de Uso dos Sistemas de Transmissão com o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS). Assim, a autuada firmou o já citado Contrato de Uso do Sistema de Transmissão (CUST) com o ONS e as Concessionárias de Transmissão.

Esclarece que consta no CUST celebrado, o contrato tem como escopo regular as condições, procedimentos, direitos e obrigações das partes em relação ao uso do Sistema de Transmissão. Pontuam que este contrato tem por objeto estabelecer os termos e condições que irão regular.

Diz não restar dúvidas, portanto, que se trata de um contrato de prestação de serviço de transmissão de energia, que tem como contraprestação o pagamento dos encargos de uso do sistema de transmissão para que a autuada injete na rede a energia gerada. Tais cobranças estão em consonância com o disposto no §6º, do art. 15 da Lei nº 9.074/95, bem como, no art. 19, da Resolução Normativa ANEEL nº 281/99.

Revela que a própria legislação assegura o acesso dos fornecedores (no caso dos geradores) aos sistemas de distribuição e transmissão mediante “ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente”, deixando claro que se trata de uma cobrança para cobrir os custos do uso do sistema, não tendo, por conseguinte, a função de remunerar, sob nenhuma hipótese, a mercadoria envolvida, qual seja, a energia elétrica, cuja relação de circulação jurídica, no caso presente, é estabelecida em outra relação jurídica existente entre a autuada e seus clientes, que, por sua vez, efetuam a venda da energia para os consumidores finais.

Observa que o Autuante exigiu indevidamente o recolhimento do ICMS sobre a totalidade dos valores referentes aos serviços de transmissão de energia, cobrados pelas Concessionárias de Transmissão em face da energia que injeta na Rede Básica.

Pondera que, embora não exista comercialização de energia ou de nenhuma outra espécie de mercadoria que pudesse ensejar a ocorrência do fato gerador do ICMS em sua relação com as Concessionárias de Transmissão, mesmo assim o Autuante insistiu em lavrar o auto ora impugnado, para cobrar o ICMS sobre o valor total das faturas.

Revela que o critério material da regra matriz de incidência do ICMS é a realização de operações relativas à circulação (econômica e jurídica) de mercadoria. A circulação pressupõe a entrega da mercadoria, a tradição, o efetivo consumo, decorrente de atividade de mercancia que determine a necessária mudança de titularidade, sem a qual não se pode falar em incidência de ICMS.

Assevera não haver previsão legal para que seja cobrado ICMS sobre os valores pagos às concessionárias pelos serviços de transmissão de energia elétrica, pois, nesta fase não há a saída de mercadoria das concessionárias para a geradora autuada (circulação econômica e jurídica), mas mero trânsito físico (locomoção) da energia produzida e injetada pela autuada (operação de saída e não de entrada) na Rede Básica a fim de que, na sequência, após a devida comercialização, chegue aos consumidores finais, pois, conforme preceitua a CF/88, a hipótese de incidência de ICMS tem seus elementos delineadores insculpidos no art. 155, inciso II e §3º.

Prossegue esclarecendo que a Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir) define as normas gerais do ICMS, nos termos da alínea “a”, do inciso III, do art. 146, da CF/88.

Observa que para se entender o critério material da hipótese de incidência do ICMS estabelecido no texto constitucional, é preciso analisar o significado e abrangência de cada um dos elementos da incidência, a saber: operações, circulação e mercadorias. Reitera que a palavra “operações” (primeiro elemento) pressupõe a ocorrência de circulação de mercadoria, que deve ser entendida como a sua circulação econômica e jurídica. Continua destacando que, por operações se pode definir todo e qualquer negócio jurídico do qual decorra a transferência de propriedade e titularidade de mercadorias, no caso, a transferência de propriedade e titularidade da energia.

Acrescenta ainda que no mesmo sentido deve ser interpretado o termo “circulação” (segundo elemento de incidência), que deve ser entendido como a circulação que for subjacente a um negócio jurídico pelo qual haja a transferência da propriedade de mercadorias. Finalmente, a palavra “mercadoria”, como terceiro elemento da incidência, deve ser entendida como bens destinados ao comércio, que constituam objeto das atividades comerciais do seu proprietário.

Explica que a expressão “operações relativas à circulação de mercadorias” previstas no texto constitucional e na Legislação Federal, utilizada para determinar o campo de incidência do ICMS, impede que o imposto estadual incida sobre saída ou trânsito de mercadoria que não esteja amparada por negócio jurídico mercantil, ou seja, que não tenha conteúdo econômico que viabilize e justifique a tributação.

Explica que o critério material da hipótese de incidência do ICMS é a operação de circulação de mercadorias que envolva a atividade de mercancia, em que ocorra a efetiva transferência de disponibilidade do bem (que pressupõe a mudança de titularidade), não alcançando, portanto, o mero trânsito (uso do sistema de transmissão) da mercadoria (energia) produzida pela impugnante e injetada na Rede Básica para posterior revenda pelos adquirentes. Reproduz o art. 4º, da Lei Kandir - definição de contribuinte do ICMS sobre energia elétrica, além da lei baiana no mesmo sentido é norma Baiana que versa sobre o ICMS - art. 2º, da Lei nº 7.014/96.

Assinala que do conjunto normativo resta evidente que o contribuinte do ICMS é o adquirente da energia elétrica, e que o fato gerador ocorre quando do consumo da energia adquirida. Cita a doutrina de Roque Antonio Carrazza.

Afirma que nessa premissa é que foi lavrado o auto de infração ora combatido, em que se atribuiu à autuada, na qualidade de suposta “adquirente de energia”, a responsabilidade pelo

pagamento do imposto devido pela conexão e uso dos sistemas de transmissão na entrada de energia elétrica no seu estabelecimento, conforme a cobrança teve por base o art. 400 do RIMCS/BA, que atribui ao consumidor de energia conectado à rede básica a responsabilidade pelo pagamento do ICMS devido pela conexão e uso dos sistemas de transmissão “na entrada” de energia elétrica no seu estabelecimento.

Reafirma ser empresa geradora de energia eólica, que injeta energia na rede básica e, portanto, se relaciona com as Concessionárias de Transmissão na estrita medida em que faz uso dos sistemas de transmissão para venda do seu produto (injeta a energia na rede).

Pondera não haver, no caso dos autos, operação de entrada de energia que possa gerar a “pretensa” atribuição de responsabilidade para a autuada pelo recolhimento do ICMS sobre os encargos de uso do sistema de transmissão. Dizem que na realidade, como geradora de energia, ao fazer uso do sistema de transmissão, para “injetar” na rede a energia produzida, a autuada não assume a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS.

Conclui pela insubsistência do Auto de Infração, no que diz respeito a esta cobrança, seja porque o uso dos sistemas de conexão e de transmissão não constitui fato gerador do ICMS, seja porque a legislação atribui a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS relativo aos encargos de uso de tais sistemas apenas ao “consumidor”, em relação ao custo do serviço pela energia que “entra” no seu estabelecimento, e, conforme exaustivamente demonstrado, a autuada é geradora de energia, e, portanto, faz uso dos sistemas de transmissão e se relaciona com as CONCESSIONÁRIAS TRANSMISSORAS apenas quando injeta energia na rede básica, em operações de saída de energia, albergadas pela não incidência do ICMS (doc. 08).

Reproduz o teor da ementa do julgado STF - *REsp 1673299/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 13/09/2017*, Súmula nº 166 e julgamento do STJ (*REsp 1125133 / SP. Relator(a): Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Primeira Seção. DJe 10/09/2010. RTFP vol. 96 p. 392*) no qual afirma ter elucidado que a hipótese de incidência do imposto ocorre apenas quando há circulação jurídica, em consonância com o ora esposado.

Registra que a doutrina e a legislação entendem que a utilização da conexão e sistemas de transmissão de energia elétrica pela autuada não é fato gerador de ICMS, razão pela qual deve ser anulado o crédito tributário ora impugnado.

Assevera que seu estabelecimento como gerador, jamais responde pelo pagamento do imposto, mas sim, o consumidor.

Arremata sustentado ser parte ilegítima para figurar como devedora do ICMS cobrado na Infração 01 do auto combatido.

Em relação à multa aplicada, argui que todas as operações objeto do Auto de Infração impugnado constam com documentação probatória dos fatos geradores, que – na remota hipótese de manutenção do crédito tributário - demonstram que não agiu a autuada com má-fé, mas, no máximo, com entendimento divergente do Fisco Estadual quanto à incidência tributária, requer-se a aplicação do inciso I, do art. 42, da Lei nº 7.014/1996. Requer a diminuição da multa cominada de 60% para 50%.

Depois de reproduzir o parágrafo único, art. 145, RPAF-BA/99, pugna pela realização de perícia fiscal arrolando os à fl. 31v a serem respondidos pelo Perito Fiscal.

Conclui requerendo:

- a) Reconhecimento da não incidência de ICMS sobre a utilização da conexão e sistemas de transmissão de energia elétrica por empresa geradora de energia elétrica.
- b) Reconhecimento da ilegitimidade passiva da autuada para figurar como responsável tributária pelo recolhimento do ICMS sobre as faturas de transmissão e encargos de conexão, uma vez que ela não figura como consumidora da energia que entra em seu estabelecimento, mas sim como “geradora de energia” que injeta na Rede Básica.

- c) Redução da multa cominada de 60% para 50%, nos termos do inciso I, do art. 42, da Lei nº 7.014/1996.
- d) Pela conversão do feito em diligência, para que seja realizada perícia fiscal, nos termos do art. 145, do RPAF-BA/99, a fim de que o Perito a ser nomeado responda os quesitos formulados na presente manifestação, e, ao final, após a conclusão da perícia, seja julgado improcedente o auto de infração, pelas razões expostas.
- e) Que todas as publicações sejam efetuadas em nome de TACIANA BRADLEY, inscrita na OAB-PE sob o nº 19.130, sob pena de nulidade, nos termos do art. 272, §2º, do CPC.

Um dos Autuantes presta informação às fls. 76 a 85. Inicialmente reproduz o teor da acusação fiscal, indicando que os demonstrativos de fls. 09 a 18 relacionam todos os documentos fiscais que suportam a acusação.

No mérito, informa que a discussão instaurada quanto à Infração 01 se restringe, exclusivamente, à questão de mérito que busca identificar o responsável pelo recolhimento do ICMS devido sobre a conexão e uso do sistema de transmissão de Energia Elétrica. Nada mais que isso.

Destaca o fato de a documentação autuada provar que o sujeito passivo arcou com o ônus dos encargos de conexão/uso do sistema.

Ressalta que com o objetivo de criar um cenário competitivo de geração e comercialização de energia elétrica no país, houve a criação de dois sistemas distintos de contratação do fornecimento de energia, em conformidade com as diretrizes do Governo Federal. São eles: *I*) o Ambiente de Contratação Livre (ACL), que visa o atendimento das eletrointensivas - consumidores livres – firmados por meio de Contratos de Compra de Energia no Ambiente Livre, livremente negociados e remunerados por “Preço”; e *II*) o Ambiente de Contratação Regulada (ACR), firmados por contratação de fornecimento de energia elétrica com a Distribuidora local, sendo remunerados por “Tarifa de Energia”, cujo valor é definido anualmente pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) para cada Distribuidora.

Afirma que, em ambos os casos, incidem encargos legais do setor elétrico brasileiro, a depender do tipo de conexão utilizada. Se o consumidor estiver ligado a uma concessionária de transmissão (Chesf, Furnas, Eletronorte, etc.), e conseqüentemente, diretamente à rede de transmissão, deverá arcar com a “Tarifa de Uso dos Sistemas de Transmissão” (TUST), que em linhas gerais, corresponde ao custo pago às empresas transmissoras para receber e transmitir em sua rede de transmissão a energia produzida nas usinas, conforme o endereço eletrônico que identifica à fl. 77.

Prossegue destacando que, tanto a utilização do sistema de transmissão para receber e/ou transmitir Energia Elétrica ocorre com incidência do ICMS, sendo irrelevante para o caso, discutir o vocábulo “mercadoria”, trazido pela Autuada, (fls. 30 e 30/v). Por analogia, entende a conexão e uso do sistema como prestação do “serviço de transporte”, de Energia Elétrica. Portanto, presta-se para tal fim.

Nesse sentido, reproduz a Resolução Normativa Nº 506/2012 da AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL, fl. 77.

Oberva que visando firmar entendimento sobre transmissão de Energia Elétrica entre os entes federativos, transcreve também resposta à consulta formulada à CAT/SP, - *Decisão Normativa nº 4 de 03/11/2004 (D.O.U. 04/11/2004)* às fls. 77 a 84.

Pontua que os encargos de conexão e uso do sistema é a forma de cobrança da transmissão.

Assevera que sobre o questionamento da Autuada quanto à Súmula nº 166/STJ, fls. 32 e 32/v, entende que não guarda nenhuma relação com a matéria em discussão.

Sustenta que, fato comprovado na ação fiscal é que o Autuado arcou com o ônus dos encargos de conexão e uso do sistema de transmissão de Energia Elétrica. E que a comprovação são as Notas Fiscais relacionadas no demonstrativo de fls. 09 a 18, emitidas por contribuintes estabelecidos em

outras unidades da Federação tais como São Paulo, Rio de Janeiro, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Paraná, Estados nos quais o Autuado nem mesmo comprovou ter clientes para fornecimento da energia elétrica gerada no seu estabelecimento.

Afirma se presumir que os encargos de conexão e utilização do sistema são de entrada de energia no seu estabelecimento.

Sustenta que o Autuado tanto gera quanto consome Energia Elétrica. Gera numa voltagem e consome em outra, bem inferior.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Em nova manifestação, fls. 89 a 103, o Autuado depois de apresentar breve resumo fático alinha os seguintes argumentos.

Inicialmente ressalta a evidente nulidade do Auto de Infração em epígrafe, por vício de motivação, visto que, na descrição da infração, parte-se da equivocada premissa de que seu estabelecimento seria consumidor de energia, fato que é totalmente contrário à realidade dos fatos. Destaca ser esta uma matéria de ordem pública, podendo, pois, ser suscitada a qualquer tempo, ou mesmo ser reconhecida de ofício pelos Julgadores Administrativos.

Reafirma ser empresa geradora de energia eólica, e, conforme consta em seu estatuto social “a companhia tem por objeto social a geração e a comercialização de energia eólica com aproveitamento de recursos eólicos provenientes do Parque Eólico denominado EOL Morro Branco I, bem como a geração e a comercialização de créditos de carbono, nos moldes previstos no Protocolo de Kyoto”.

Assevera não figurar como consumidora de energia elétrica, mas sim como geradora de energia, a qual injeta na rede básica. Sendo assim, se relaciona com as concessionárias de transmissão na estrita medida em que faz uso dos sistemas de transmissão para que possa viabilizar a venda posterior da referida energia.

Registra que, conforme consta expressamente do contrato de uso dos sistemas de transmissão em epígrafe, juntado na impugnação, *“a compra e a venda de energia elétrica entre concessionárias ou autorizados devem ser contratadas separadamente do acesso e do uso dos sistemas de transmissão e sistema de distribuição”*. Dessa forma, percebe-se que, no próprio contrato, consta que a compra e a venda de energia é algo diverso do uso dos sistemas de transmissão e de distribuição. No presente caso, a venda da energia acontece após injetar energia na rede de transmissão e essa venda é realizada pela comercializadora.

Revela que o Auto de infração em epígrafe teve por base o art. 400, do RICMS-BA/12, que atribuiu ao consumidor de energia conectado à rede básica a responsabilidade pelo pagamento do ICMS devido pela conexão e uso dos sistemas de transmissão “na entrada” de energia elétrica no seu estabelecimento. Continua aduzindo que, nesse sentido, tem-se que o mencionado art. 400, não se aplica ao caso em discussão, porque não figura como “consumidora” ou “adquirente de energia”, mas sim participa de uma relação jurídica em que ela “usa” os sistemas de conexão e transmissão de energia, a fim de que a energia seja vendida para comercialização e/ou distribuição aos consumidores.

Assevera não haver, no presente caso que foi objeto do Auto de Infração impugnado, operação de entrada de energia por parte de estabelecimento consumidor que possa justificar a pretensa atribuição de responsabilidade pelo recolhimento do ICMS sobre os encargos de uso do sistema de transmissão. Arremata mencionando restar claro, portanto, que o art. 400, do RICMS-BA/12, que fundamenta o Auto de Infração, não se presta a sustentar a infração em comento. Isso porque, dito artigo é dirigido aos consumidores de energia elétrica, o que não é o caso em questão.

Afirma ser fácil perceber que o auto de infração em relevo encontra-se viciado em sua essência, em razão do vício de motivação insanável que o macula. Ora, como é cediço, para que se possa conferir validade ao auto de infração lavrado, imprescindível que o agente autuante tivesse

motivado adequadamente a referida autuação, inclusive por meio da indicação correta do dispositivo de lei aplicável, com a descrição adequada da sua correspondência à realidade fática relatada, sob pena de nulidade, por vício de motivação.

Sobre os requisitos de validade do ato administrativo, reproduz o teor do art. 18, do RPAF-BA/99, para aduzir que a legislação baiana exige que os atos praticados sejam realizados garantindo-se o direito de defesa do contribuinte (o qual resta prejudicado quando há vício de motivação), bem como que as decisões e os lançamentos de ofício sejam devidamente fundamentados, trazendo em seu bojo elementos suficientes à determinação, com segurança, da infração e do infrator, afastando-se assim a configuração da ilegitimidade passiva.

Reproduz o teor do art. 50, RPAF-BA/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal – trazido à colação apenas para robustecer a argumentação ora apresentada. E, também acerca do princípio da motivação, o Ministro do STF, Celso de Mello leciona que implica para a Administração o dever de justificar os seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.

Revela que, nesse contexto, tem-se que o crédito tributário, para que seja considerado válido, deverá decorrer da aplicação da regra matriz de incidência tributária, que apenas é formalizada pelo lançamento. Para que tal ato seja considerado válido, portanto, é necessário que seja possível realizar a perfeita subsunção do fato supostamente infringido à norma que estabelece a conduta, a qual dá origem ao fato jurídico que, via de consequência, instaura a relação obrigacional subjetiva entre o sujeito ativo e o sujeito passivo.

Registra que o auto de infração não trouxe fundamentação apta à determinação, com segurança, da infração e do infrator. Isso porque, em que pese ter conhecimento que a empresa autuada contrata o serviço de transmissão de energia na qualidade de agente “gerador” de energia elétrica, o autuou sob o equivocado fundamento de que este se enquadraria como “consumidor de energia elétrica”, sem que trouxesse qualquer fundamentação apta a justificar esta alegação. observa que, da leitura do Auto de Infração lavrado, é possível constatar que o Autuante não justificou porque entendeu que a empresa autuada seria um “estabelecimento consumidor” ou mesmo, porque concluiu que o uso do sistema de transmissão estaria relacionado ao suposto estabelecimento consumidor do autuado.

Prossegue frisando que, tanto inexistiu fundamentação sobre este ponto no auto de infração que a autoridade fiscal, no intuito de tentar “salvar” o conteúdo da autuação, passou a ostentar na informação fiscal o seguinte: “presume-se que os encargos de conexão e utilização do sistema são de entrada de energia no seu estabelecimento”. Ou seja, passou a defender, diante da inexistência de comprovação no Auto de Infração de que seria um “estabelecimento consumidor” - ônus este que lhe incumbia -, que esta informação decorria de uma suposta “presunção”. Ocorre que, como é cediço, para que se possa admitir a imposição de obrigação tributária com base em “presunção”, seria imprescindível que esta encontrasse respaldo expresso na legislação estadual. No caso dos autos, contudo, sequer mencionou o fiscal autuante qual seria o embasamento legal que admitiria a adoção da “presunção” por ele mencionada.

Assevera faltar ao ato administrativo praticado, portanto, a característica essencial ao reconhecimento da sua validade, qual seja, a motivação.

Repisa que o Auto de Infração apontou como supostamente infringido o art. 400, do RICMS-BA/12, o qual direciona a infração para o “consumidor de energia elétrica”, sendo que seu estabelecimento autuado, como já visto, decerto não se enquadra como tal. Logo, tem-se que da descrição dos fatos e da fundamentação legal postas no auto de infração, não há como se chegar à conclusão ali apresentada.

Sustenta que o Auto de Infração em epígrafe não pode prosperar, pois não elencou de forma precisa e segura as razões que levaram à compreensão ali apresentada, além de ostentar descrição de fato que não se amolda ao dispositivo legal apontado como tendo sido supostamente infringido, ou mesmo à realidade dos fatos. Logo, deverá ser declarado nulo, procedendo-se, assim, ao seu cancelamento, visto que tal deficiência, além de se configurar como matéria de ordem pública, cognoscível, portanto, a qualquer tempo, é um vício insanável, não passível de convalidação.

Assinala que, além da nulidade acima suscitada, é possível perceber que o auto de infração em epígrafe encontra-se alcançado pela decadência no que se refere a parte do crédito tributário ali exigido, especificamente no que tange às competências dos períodos de 08/2015, 09/2015 e 10/2015.

Revela que a decadência também é matéria de ordem pública, é certo que esta pode ser suscitada a qualquer tempo, podendo, inclusive, ser reconhecida de ofício pela Administração Pública, razão pela qual não há que se falar em preclusão quanto à apresentação desta alegação de defesa.

Ressalta que a notificação do lançamento ocorreu, pelo DTe, em 27/11/2020 (Doc. 01), razão pela qual resta clara a decadência do direito de constituição do crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos em 31/08/2015, 30/09/2015 e 31/10/2015, porquanto só poderia ter realizado o lançamento desse período até o dia 31/08/2020, 30/09/2020 e 31/10/2020, respectivamente, mas só o fez em 27/11/2020. Prossegue explicando ser característica do ICMS sua sujeição ao lançamento por homologação, razão pela qual o prazo decadencial concedido à Fazenda Pública para constituir o crédito, na hipótese de insuficiência de pagamento, é de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, §4º, do CTN.

Arremata destacando que, deixando o Fisco de realizar a atuação do contribuinte no prazo de 5 anos de que dispõe para tanto, ocorre a homologação tácita, reputando-se, por conseguinte, extinto o crédito tributário, conforme disposição expressa contida no art. 156, inciso VII, do CTN, cujo teor reproduz.

Observa que a legislação tributária determina é que, após cinco anos, contados do fato gerador, sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

Registra que esse CONSEF, em caso semelhante ao aqui analisado, em auto lavrado contra outra empresa do mesmo grupo da requerente, reconheceu expressamente a decadência do crédito tributário ali exigido. Afirma ser o que se extrai da decisão no julgamento do Auto de Infração nº 279757.0102/20-9, cuja emente colaciona à fl. 96.

Nesse contexto, explica que se considerando no caso ora analisado, a intimação do Auto de Infração ocorreu em 27/11/2020, resta clara a decadência do direito de constituição do crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos em 31/08/2015, 30/09/2015 e 31/10/2015, visto que o Fisco Estadual da Bahia só poderia ter realizado o lançamento desse período até o dia 31/08/2020, 30/09/2020 e 31/10/2020, respectivamente, mas só o fez em 27/11/2020.

Requer que, adicionalmente às razões postas na Impugnação apresentada nos presentes autos, cujos fundamentos aproveita para reiterar em sua integralidade nesta oportunidade, seja acatada a decadência ora ventilada, determinando-se, por consequência, o cancelamento dos lançamentos relacionados às competências de 31/08/2015, 30/09/2015 e 31/10/2015.

DA TOTAL INSUBSISTÊNCIA DAS RAZÕES POSTAS NA INFORMAÇÃO FISCAL

Destaca que vem acrescentar, ainda, os fundamentos que levam ao não acolhimento das razões postas na Informação Fiscal em que o Autuante tenta rechaçar as alegações trazidas na sua impugnação.

Frisa que restou sustentado na Informação Fiscal que a documentação que carrou aos autos faria prova de que ela teria arcado com o ônus dos encargos de conexão/uso do sistema de transmissão. De fato, conforme consta no contrato celebrado (CUST), este tem como escopo regular as condições, os procedimentos, os direitos e as obrigações das partes em relação ao uso

do Sistema de Transmissão. Portanto, se trata de um contrato de prestação de serviço de transmissão de energia, que tem como contraprestação o pagamento dos encargos de uso do sistema de transmissão. Ainda, tais cobranças estão em consonância com o disposto no §6º, do art. 15, da Lei nº 9.074/95 e com o art. 19, da Resolução Normativa ANEEL nº 281/992.

Explica que o fato de arcar com o ônus dos encargos de conexão/uso do sistema de transmissão não a torna contribuinte ou mesmo responsável pelo recolhimento do ICMS, pois apenas utilizou o mencionado sistema em relação à energia por ela gerada, para que possa esta ser posteriormente vendida a terceiros. Logo, não há como se entender que esta figure, quanto às operações objeto do referido contrato, como “estabelecimento consumidor de energia elétrica”. Afirma restar totalmente equivocada a seguinte afirmação do Autuante: *“Tanto a utilização do sistema de transmissão para receber e/ou transmitir Energia Elétrica há incidência do ICMS.”*

Pondera que mesmo que se entenda que a utilização do sistema de transmissão ocasionaria a incidência do ICMS tanto no recebimento (consumidor) quanto na transmissão, o que se admite por amor ao debate, é certo que, nos termos da própria legislação apontada no Auto de Infração (vide art. 400, do RICMS-BA/12), há autorização da legislação estadual para a cobrança do ICMS tão somente em face do “consumidor de energia elétrica”, em razão da “entrada” de energia elétrica no seu estabelecimento.

Reafirma que a legislação atribuiu a responsabilidade pelo pagamento apenas ao consumidor de energia (ou seja, no final da cadeia, ao consumidor é atribuída a responsabilidade por este pagamento), e jamais à geradora de energia, sendo, portanto, a requerente, parte inquestionavelmente ilegítima para figurar como devedora do ICMS cobrado no presente processo.

Prossegue auzindo que, mesmo se admitindo o entendimento elástico defendido na informação fiscal, o auto de infração permaneceria insubsistente, na medida em que os dispositivos legais ali apontados decerto não servem a consubstanciar a nova alegação trazida pela fiscalização (exigência do ICMS não apenas do consumidor, mas também do transmitente da energia). Até porque, como já visto acima, a tributação em questão apenas subsistiria na medida em que a parte autuada figurasse como “consumidora de energia elétrica” e, no presente caso, ela, de forma incontestada, figura como geradora de energia.

Diz ainda, o Autuante, na tentativa de defender o Auto de Infração lavrado, fundamentou a Informação Fiscal em Consulta formulada à CAT/SP (Decisão Normativa nº 4 de 03/11/2004). Ocorre que dita consulta não se amolda ao caso concreto ora analisado, visto que se destinava a esclarecer dúvidas relacionadas à incidência do ICMS nas operações de saída realizadas pela Consulente, que, naquele caso concreto, era uma concessionária do serviço público de transmissão de energia elétrica. Nesse contexto, não se presta a fundamentar a tributação realizada no presente caso, que se refere não à operação de venda da energia elétrica por parte das concessionárias (etapa posterior), mas sim sobre a incidência do ICMS sobre o contrato relativo ao serviço de transmissão da empresa autuada (geradora) para a referida concessionária (etapa prévia). Transcreve às fls. 99 e 100, passagem da referida consulta.

Frisa ainda que, como se não bastasse a ausência de similitude entre os fundamentos constantes da Consulta CAT acima reproduzida e o caso concreto ora sob análise, da leitura da passagem acima colacionada, é possível verificar ter a CAT/SP reconhecido que a incidência do ICMS sobre a transmissão de energia elétrica resta diferida até a sua entrega para consumo. Ou seja, confirma justamente o que se vem dispondo no presente caso, no sentido de que só há ICMS a cobrar quando houver a transferência da energia para o consumidor final.

Resta dito no mencionado trecho que a empresa transmissora se coloca entre a Empresa Geradora e a Distribuidora, ou a Comercializadora, ou o consumidor livre, situados em praticamente qualquer lugar do Brasil. É o que vem defendendo nos autos, ou seja, que há uma cadeia definida onde cada participante tem uma função específica. Assim, a empresa geradora injeta energia na rede, utilizando os serviços da empresa transmissora e, posteriormente, a

distribuidora, que pode ser comercializadora, vende a energia injetada pela (Geradora). Percebe-se que a comercializadora fica no final da cadeia, ela vende a energia da geradora aos consumidores interessados.

Prossegue citando que ainda, em outro trecho, a Consulta à CAT/SP, faz uma confusão em relação às fases da cadeia de energia, ao assim afirmar: "... E, o que é especialmente importante, geração, transmissão, distribuição e consumo de energia elétrica acontecem praticamente no mesmo momento". Tal afirmação não tem o menor sentido. Como dito acima, há uma cadeia definida onde cada integrante tem uma função específica, na qual a geradora é responsável pela injeção de energia na rede de transmissão, que não sabe nem se vai ser consumida em sua totalidade e nem quem será o seu consumidor, visto que na operação em foco, é a comercializadora quem realiza a venda da energia.

Observa que o Autuante, além de embasar as suas alegações em uma consulta confusa e que, além de não se adequar ao caso concreto sob análise, decerto não vincula este Colegiado, também afirmou que:

"Por isso, presume-se que os encargos de conexão e utilização do sistema são de entrada de energia no seu estabelecimento".

Afirma não ter como se considerar aceitável que o lançamento discutido neste processo seja considerado válido com base apenas em "presunção", e sem que se tivesse apontado qualquer dispositivo legal apto a ensejar a adoção desta presunção.

Lembra que, nos moldes do que dispõe o § único do art. 142, do CTN, o ato administrativo de lançamento é um ato vinculado e obrigatório, o qual há de ser realizado em estrita observância aos ditames legais que expressamente autorizam a sua realização.

Arremata assinalando que, diante da completa insubsistência das razões postas na informação fiscal ora contraditada, não resta outra medida a este Colegiado, além de anular o Auto de Infração lavrado, ou mesmo reconhecer a sua total improcedência.

Reitera também o pedido no sentido de que todas as publicações sejam efetuadas em nome de TACIANA BRADLEY, inscrita na OAB-PE, sob o nº 19.130, sob pena de nulidade, nos termos do art. 272, §2º, do CPC/2015.

Conclui requerendo seja julgada procedente a Impugnação, cujos fundamentos restam complementados na presente oportunidade, para, ao final, reconhecer a improcedência do Auto de Infração em epígrafe, extinguindo os créditos tributários, em face:

- a) do reconhecimento da nulidade do Auto de Infração combatido, visto que viciado em sua fundamentação/motivação, procedendo-se ao seu integral cancelamento;
- b) do reconhecimento da ilegitimidade passiva para figurar como contribuinte ou mesmo responsável tributário pelo recolhimento do ICMS sobre as faturas de transmissão e encargos de conexão, uma vez que não figura como consumidora da energia no que tange às operações que foram objeto do auto de infração, mas sim como "geradora de energia" que injeta na Rede Básica, a quem a legislação não atribui o dever de efetuar o recolhimento do referido imposto;
- c) do reconhecimento da decadência parcial do crédito tributário, extinguindo a exigência no que tange às competências de 08/2015, 09/2015 e 10/2015.

Requer, por fim, em caso de manutenção do entendimento exposto no Auto de Infração, o que se admite por mero esforço de argumentação, a diminuição da multa cominada de 60% para 50%, nos termos do inciso I, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, consoante fundamentos trazidos na impugnação outrora apresentada.

Essa 3ª JJF, converte os autos em diligência para que o Autuante prestasse nova informação fiscal, depois de verificar, através dos Contratos do estabelecimento Autuado celebrados com a CCE, que lastreiam as operações identificadas nas notas fiscais arroladas no levantamento fiscal, se decorrem de aquisição de energia pelo estabelecimento autuado ou se o Impugnante nessas

operações atua como fornecedor de energia gerada em seu estabelecimento, ou seja, se injeta energia gerada na rede comercializada na CCE. Caso necessário, deve ser intimado o Autuado para que apresente os elementos de prova que disponha para lastrear seus argumentos articulados em sua defesa. Foi solicitado também que fossem respondidos Autuante os quesitos apresentados pelo Defendente em sua Impugnação, fl. 31v.

O Autuante informa à fl. 117, tendo em vista que o Auditor Jorge Inacio Aquino, realizou diligência sobre a mesma matéria, requerem os Autuantes que o presente Auto de Infração seja encaminhado à ASTEC/CONSEF, para fins de diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito.

Presente na sessão de julgamento, a representante legal do sujeito passivo, Dra. Maria Eduarda Alencar Câmara Simões, OAB/PE 24.079, em sustentação oral reafirmou os argumentos alinhados em sua Defesa e manifestação.

VOTO

O presente lançamento exige ICMS em decorrência da falta de recolhimento do ICMS incidente sobre a conexão e uso dos Sistemas de Transmissão na entrada de Energia Elétrica no seu estabelecimento consumidor ligado à rede básica. Mesmo tendo sido, a Operação, regularmente escriturada e emitida a correspondente Nota Fiscal de entrada.

Se constitui fato inconteste nos autos que o estabelecimento autuado é uma Central Geradora de Energia Eólica.

Em suas razões de Defesa o Impugnante suscita nulidade do lançamento por vício insanável de motivação, uma vez que a descrição da infração parte da equivocada premissa de que seu estabelecimento seria consumidor de energia, fato totalmente contrário à realidade dos fatos. Asseverou que opera exclusivamente como geradora de energia e que se relaciona com as concessionárias de transmissão na estrita medida em que faz uso dos sistemas de transmissão para que possa viabilizar a venda posterior da energia gerada.

Os Autuantes, em sede de informação fiscal, mantiveram a autuação sob o fundamento de que o Autuado arcou com o ônus dos encargos de conexão e de uso do sistema de transmissão de energia elétrica. Sustentou que as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal emitidas por contribuintes estabelecidos em outras unidades da Federação comprovam as entradas de energia no estabelecimento Autuado. E que, por isso, presume-se que os encargos de conexão e utilização do sistema são de entrada de energia no estabelecimento autuado.

Do exame das peças processuais, precipuamente as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal e algumas delas, cujas cópias dos Danfes, foram carreadas aos autos pelo Impugnante, fls. 67 a 73, constato que não são suficientes para suportar a acusação fiscal de que o Autuado adquiriu energia elétrica, e sim, que, como fornecedor, o Autuado teve acesso aos sistemas de distribuição e transmissão.

Assim, a acusação fiscal é estribada na exigência do imposto a consumidor de energia elétrica conectado à rede básica que tem a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pela conexão e uso dos sistemas de transmissão “na entrada de energia elétrica no estabelecimento, conforme expressamente preconizado no art. 400, do RICMS-BA/12, *in verbis*:

“Art. 400. 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(Conv. 117/04).”

Resta evidenciado nos presentes autos que a acusação fiscal foi respaldada, como destacada pelos Autuantes, na presunção de que os encargos de conexão e utilização do sistema, objeto da autuação, são de entradas de energia elétrica no estabelecimento autuado.

Logo, em sua descrição, a acusação fiscal se afigura expressamente como sendo falta de recolhimento pelo contribuinte Autuado, do ICMS incidente sobre a conexão e uso dos Sistemas de Transmissão na entrada de Energia Elétrica no seu estabelecimento na condição de

consumidor da energia transmitida, situação em que legalmente responderia pelo custo e consequente ICMS incidente sobre a conexão e uso dos Sistemas de Transmissão da energia elétrica recebida para consumo.

Entretanto, os elementos documentais de acusação e defesa, peças do contraditório e dados registrados no sistema cadastral do contribuinte na SEFAZ, constata-se que, ao invés de conexão e uso dos Sistemas de Transmissão na entrada, as notas fiscais arroladas no demonstrativo suporte do Auto de Infração, fls. 09 a 18, se referem à conexão e uso dos Sistemas de Transmissão relativas a saída de energia elétrica produzida no estabelecimento autuado para distribuição a outros consumidores. Ou seja, a autuação foi perpetrada de forma equivocada, pois a acusação fiscal é uma e os fatos tidos como geradores da exação são outros. Ocorrendo, assim, erro na identificação relativa à situação do mesmo fato gerador tributário (custo de conexão no sistema de transmissão de energia elétrica pela entrada, ao invés de saída de energia elétrica).

Acolho a preliminar de nulidade suscitada pelo Defendente, ante a ausência de motivação e a manifesta insegurança jurídica na apuração da infração, configurada na caracterização do cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, uma vez que a ambiguidade decorrente desqualifica a imprescindível clareza na determinação da infração.

Ademais, a natureza de tais óbices também impossibilita a reparação ou adequação da acusação fiscal, mesmo por meio de diligência, uma vez que não fora observado o devido processo legal.

Estando o procedimento fiscal em descompasso com as exigências do devido processo legal e em acusação fiscal veiculada de forma dúbia e imprecisa é nulo o Auto de Infração, consoante previsão expressa no art. 18, do inciso II, e da alínea “a”, do inciso IV, do RPAF-BA/99.

Pelo expendido, remanesce o impedimento para o prosseguimento da lide e, por consequência, qualquer apreciação sobre o mérito do caso, especialmente quanto à decadência suscitada pela Defesa.

A Defesa requer à fl. 103, que todas as publicações relativas a este feito sejam efetuadas em nome de Taciana Bradley, inscrita na OAB-PE sob o nº 19.130. Recomenda-se que as intimações/publicações sejam feitas na forma requerida, ressalvando-se, contudo, que não implicará vício algum se as publicações forem feitas em nome do sujeito passivo, atendidas as regras do art. 108, do RPAF-BA/99. Ademais, o patrono do Autuado pode cadastrar seu e-mail na Secretaria deste CONSEF para receber todas as publicações do feito.

Diante do exposto, constatada a nulidade do lançamento tributário, recomendo a Autoridade Fazendária competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, consoante art. 21, do RPAF-BA/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **279757.0080/20-5**, lavrado contra **MORRO BRANCO I ENERGÉTICA S.A.**,

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de maio de 2023.

ARIVALDO PEREIRA DE SOUSA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA