

A. I. Nº - 279757.0077/20-4
AUTUADO - MUSSAMBÊ ENERGÉTICA S.A.
AUTUANTES - AGILBERTO MARVILA FERREIRA e MARCO AURÉLIO SOARES FERREIRA
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13/09/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0157-03/23-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\$ 62.330,84, 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. 23 a 39, 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. 107 a 111, 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. Pontua 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 RICMS/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 quesitos a serem respondidos 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. 114 a 123. 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 consequentemente, 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. 130 a 133, o Autuado apresenta os seguintes argumentos.

Afirma uma Central Geradora de energia eólica com sede em Recife/PE e filial no Município de Sento Sé/BA, e, como é cediço, a energia que é gerada em seu estabelecimento, após a geração, transita por linhas de transmissão de alta tensão, para que possa ser posteriormente comercializada.

Ocorre que, em que pese desempenhar as suas atividades em estrita observância aos regramentos deste Estado da Bahia, teve contra si lavrado o citado Auto de Infração, por meio do qual indicou-se suposta ausência de recolhimento de ICMS sobre a conexão e uso dos sistemas de transmissão, autuação esta que foi devidamente contestada por meio do protocolo de impugnação devidamente apresentada nos presentes autos, a qual aguarda apreciação por esta Ilma. Turma Julgadora.

Assinala que, adicionalmente às razões já apresentadas na referida Impugnação, identificou que parte das competências exigidas no auto de infração em epígrafe encontram-se alcançadas pela decadência, especificamente as competências dos períodos de 08/2015, 09/2015 e 10/2015.

Prossegue frisando que, considerando que a decadência 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.

E, para que não restem dúvidas quanto ao que aqui se expõe, confira-se o período compreendido na infração em que restou configurada a decadência:

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.

Pois bem, é característica do ICMS ser um tributo sujeito 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 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN.

Portanto, deixando o Fisco de realizar a atuação do contribuinte no prazo de 5 (cinco) 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, inc. VII, do CTN.

Nesse contexto, o 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 seu grupo empresarial, reconheceu expressamente a decadência do crédito tributário ali exigido. É o que se extrai da decisão a seguir colacionada: PAF: 279757.0102/20-9 Contribuinte: BARAUNAS I ENERGETICA S/A,

Assinala que, considerando-se que no caso concreto ora analisado, a intimação do Auto de Infração em comento 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 outrora apresentada nos presentes autos, cujos fundamentos aproveita a 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.

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 CPC12.

Essa 3ª JJF, converte os autos em diligência, fl. 144, 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.

O Autuante informa às fls. 148 a 151, que cabe destacar, inicialmente, que não é da competência dos Autuantes dirimir sobre o tópico levantado pela Autuada, fls. 25, quanta à *“falta de respaldo legal para cobrança de ICMS sobre a conexão e uso dos sistemas de transmissão de energia elétrica”*.

Quanto a alegação do Autuado, fls. 36, recorrendo à Súmula 166, do STJ, frisa ser notório que se trata de transferência de mercadorias entre estabelecimentos, o que não é o caso do fato gerador apurado na preente ação fiscal.

O “Contrato de uso do sistema de transmissão” anexado pela Autuada, fls. 97 a 106, comprova que ela é usuária do sistema de transmissão, seja para aquisição ou venda de energia elétrica.

No caso em tela, lhe é cobrado, a título de “encargos de conexão/uso de sistema” o seu acesso ao sistema de distribuição para “injetar” a energia elétrica consumidor pelo seu cliente/destinatário final.

Explica que no desenho que anexa à fl. 150, é possível visualizar o que é o acesso à linha de transmissão. Para utilização da linha de transmissão das empresas atuantes neste seguimento (possuidoras de linhas de transmissão) a Autuada arca com o ônus dos encargos. Ou seja, não se trata da utilização na transmissão que é por conta do destinatário, constituindo a base de cálculo da aquisição.

Assinala que se trata do acesso à rede de transmissão para poder utilizar. Ou seja, para manter-se conectada à rede de transmissão (no desenho acima, aqueles primeiros fios que saem do “Power lines” até as torres de transmissão a Autuada “paga” os encargos de conexão/uso do sistema, conforme termos previstos no contrato anexado.

Prossegue destacando que, tanto assim, que anexou cópia de Notas Fiscais, fls. 107 a 109/v onde arca com o ônus. Assim, sustenta que essas Notas Fiscais não se referem a consumo de energia elétrica e sim ao acesso ao sistema de transmissão, assim como as relacionadas no demonstrativo de fls. 09 a 17. São os encargos para estar conectado à rede de transmissão.

Observa que o contrato anexado comprova que o Autuado arca com encargos de conexão/uso do sistema com as concessionárias de transmissão para se conectar e “injetar” a energia que gera na rede transmissão que, “em tese”, será capturada pelo seu cliente/consumidor final.

O Autuado se manifesta às fls. 157 a 162, nos seguintes termos.

Reafirma a título de recordação, tem-se que a Impugnante é uma Central Geradora de energia Eólica, com matriz situada em Recife/PE, e filial (unidade geradora) localizada no Município de Sento Sé, Estado da Bahia, a qual sempre cumpriu e honrou com os seus deveres fiscais e demais obrigações.

Assinala que a autuação não merece acolhida. Isso porque, por ser empresa geradora de energia não se enquadra como “consumidora” de energia no mercado livre - ACL e, portanto, a sua relação com as Concessionárias de Transmissão, ao contrário do que constou do auto de infração combatido, não se refere à “entrada de energia no seu estabelecimento consumidor”, mas aos serviços de conexão e transmissão na rede básica da energia produzida no seu próprio estabelecimento, a fim de que a energia, uma vez vendida para distribuidoras e comercializadoras, chegue aos destinatários finais (ou seja, relacionada às operações de saída).

Pondera que, como se sabe, o ICMS tem como fato gerador a circulação de mercadorias. Acontece que a relação existente entre seu estabelecimento gerador e as transmissoras de energia corresponde a uma relação de prestação de serviços, inexistindo qualquer transferência/circulação de mercadoria apta a ensejar a incidência de ICMS. Em outras palavras nessas operações, não atua como “consumidor” ou adquirente de energia.

Assevera ser fácil perceber que o Auto de Infração combatido se apresenta nulo de pleno direito, por vício de motivação, na medida em que o relato ali apresentado não se coaduna com a documentação que a embasa, ou mesmo com a conclusão atinente à suposta incidência de ICMS sobre os fatos geradores apontados.

Prossegue assinalando que, por outro lado, se apresenta clara também a própria improcedência do auto de infração em relevo, na medida em que não há que se falar em ocorrência do fato gerador do ICMS em sua relação com as concessionárias de transmissão. Isso porque, não há previsão legal para que seja cobrado ICMS sobre os valores pagos às concessionárias pelos serviços de transmissão de energia elétrica, já que nesta fase não há saída de mercadoria das concessionárias para geradora ora impugnante (circulação econômica e jurídica). mas mero trânsito físico (locomoção) da energia produzida e injetada por seu estabelecimento (operação de saída e não de entrada) na Rede Básica, a fim de que, na sequência, após a devida comercialização, esta possa chegar aos consumidores finais.

Nesse sentido, frisa que anexou aos autos as notas fiscais de venda de energia, que bem demonstram que na qualidade de geradora de energia, vende o seu produto (energia) para comercialização e distribuição por terceiros para os consumidores e não consome energia adquirida, como fez parecer a autuação, ao dispor que se estaria diante de operações envolvendo a “Entrada de energia elétrica no estabelecimento consumidor”.

Registra que analisando-se os elementos documentais de acusação e defesa, bem como os 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, relacionam-se à conexão e uso dos Sistemas de Transmissão relativas à saída de energia elétrica produzida no estabelecimento autuado para distribuição a outros consumidores.

Prossegue destacando que o Autuante exigiu indevidamente o recolhimento do ICMS sobre a totalidade dos valores referentes aos serviços de transmissão de energia, cobrados pelas Concessionárias Transmissão em face da energia injetada na Rede Básica por seu estabelecimento gerador.

Afirma que, inclusive, juntou aos autos as cópias dos Danfes das notas fiscais suscitadas no Auto de Infração, as quais versam sobre a utilização da Rede Básica de Transmissão e tem como partes, de um lado, Transmissoras e, de outro, seu estabelecimento - cuja atividade é de produzir energia através de sua Central Geradora Eólica, conforme já repisado.

Assevera que, observando a desconexão dos documentos que amparam a autuação com a própria infração descrita no auto, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF determinou que fosse realizada diligência saneadora através dos contratos de serviço juntados, para se definir se, de fato, “as operações praticadas pela Impugnante são decorrentes de aquisição de energia pelo estabelecimento autuado ou se o impugnante atua como fornecedor de energia gerada em seu estabelecimento, ou seja, se injeta energia gerada na rede comercializada na CCE”.

Em sua resposta, de maneira, sintética, o Autuante somente confirmou o que reiteradamente já foi exposto em sua peça de defesa, já que concluiu que “o contrato anexado comprova que a Autuada arca com encargos de Uso do sistema com as concessionárias de transmissão.” Com isso, reafirma que, por meio da autuação em relevo, está pretendendo tributar o serviço relacionado ao uso do sistema quanto à saída de energia (serviço este não sujeito ao ICMS), inexistindo entrada de mercadoria em tal cenário.

Acrescenta esclarecendo que o próprio Autuante confirma que a infração imputada não poderia subsistir, eis que lhe falta legitimidade passiva nessa pretensa relação tributária, pois não utiliza a rede de transmissão para “adquirir” energia para seu consumo, mas sim, rodut energia (atividade de geração) e, injeta na rede, a fim que seja, ao final, distribuída aos consumidores (estes sim contribuintes do ICMS sobre tais vendas).

Observa que caso idêntico ao tratado nestes presentes autos ocorreu com duas empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico da Impugnante, quais sejam as centrais geradoras Baraúnas I (A. I. n.º 2797570103/20-5) e Banda de Couro (Proc. NO 2797570105/20-8), e, em ambos os casos as autuações foram desconstituídas, justamente pelo fato de que os autos de infração se apresentam absolutamente nulos, na medida em que o relato dos fatos (existência de contratos de uso do sistema) não leva à conclusão ali apresentada (de incidência de ICMS), visto que restou comprovado que não se está diante de hipótese “entrada de energia em seu estabelecimento”, tal qual constou da autuação, sendo os documentos trazidos para fundamentar tais autos, portanto, totalmente inservíveis para este fim.

Afirma ser o que se extrai dos julgados desse CONSEF, cujos trechos dos votos reproduz às fls. 160 a 162.

Pondera que ante tal panorama legal e jurisprudencial, é fácil perceber que as informações apresentadas pela autoridade fiscal não logram “salvar” o auto de infração lavrado. Ao contrário, apenas confirmam que a pretensão arrecadatória teve como origem contrato de “uso do sistema” quanto à saída de mercadorias, o qual não se coaduna com a descrição fática posta no auto de infração em relevo.

Assevera que se há de concluir pela total nulidade do Auto de Infração combatido, por vício de motivação, ou, ainda, pela sua completa insubsistência, pois 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, 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.

Arremata assinalando que o Auto de Infração em questão deverá ser anulado, da mesma forma como aconteceu com os casos paradigmas aqui descritos, face à inconsistência entre a narrativa apresentada e a pretensão arrecatória, ou mesmo julgado improcedente, face à sua completa insubsistência.

À fl. 166v um dos Autuantes informa que na manifestação do Autuado não verificou fato novo algum que não foram apreciados na diligência solicitada pela 3ª JJF.

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.

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 das 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.

Verifico que se constitui fato inconteste nos autos que o estabelecimento autuado é uma Central Geradora de Energia Eólica, consoante cópias de notas fiscais de venda de energia produzida pelo estabelecimento autuado, acostada às fls. 110, 110-v e 111.

Pelo expendido, resta patente que 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).”

Logo, se evidencia 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.

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 fundamento 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).

Assim, ante 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 da não convergência unívoca entre a acusação fiscal e os fatos tidos como fundamento da exação, desqualifica a imprescindível clareza na determinação da infração.

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, ressaltando-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 **279757.0077/20-4**, lavrado contra **MUSSAMBÊ ENERGÉTICA S.A.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2023.

ARIVALDO PEREIRA DE SOUSA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA