

A. I. Nº - 279757.0083/20-4
AUTUADO - BARAÚNAS II ENERGÉTICA S.A.
AUTUANTES - AGILBERTO MARVILLA FERREIRA e MARCOS AURÉLIO SOARES FERREIRA
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/06/2025

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0096-04/25-VD**

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. MERCADO LIVRE. TARIFA DE CONEXÃO E USO DE SISTEMA DE TRANSMISSÃO. Caracterizado e comprovado que a natureza das operações abarcadas pela autuação, diferentemente do que consta no lançamento, se refere a venda de energia elétrica produzida pelo próprio autuado, consoante se verifica através das notas fiscais de venda trazida aos autos, demonstrando que se trata de uma empresa geradora de energia e vende seu produto para comercialização e distribuição por terceiros para consumidores finais, situação totalmente diversa da constante na autuação ao dispor que se estaria diante de operações envolvendo a “*entrada de energia elétrica no estabelecimento consumidor*”. Infração insubsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO E/OU ATIVO FIXO. MERCADORIAS NÃO BENEFICIADAS PELA ISENÇÃO PREVISTA NO CONVÊNIO ICMS Nº 101/97. Ficou caracterizado que as operações abrangidas pela autuação se encontram amparadas pelo benefício fiscal previsto pelo Convênio ICMS nº 101/97. Acusações insubsistentes em relação às infrações 02 e 03. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 184.497,79, mais multas, decorrentes do Auto de Infração em tela, expedido em 29/10/2020, contendo as seguintes imputações:

- **Infração 01 - 02.01.21:** “Deixou o contribuinte de recolher o ICMS incidente sobre a conexão e uso dos Sistemas de Transmissão na entrada de energia elétrica no seu estabelecimento consumidor ligado a rede básica. Mesmo tendo sido, a operação, regularmente escriturada e emitida a correspondente Nota Fiscal de entrada. Conforme demonstrativo Baraúna_II_Anexo/EnergiaElétrica, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte”. Valor Lançado R\$ 26.837,99. Período março/16 a dezembro/16. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96. Enquadramento legal: Arts. 268, XVII, 400 e 402 do RICMS/BA, c/c Arts. 2º, III e § 2º, 4º, inc. 4º, 5º § 1º, 13 inc. I, alínea “g”, 16, inc. II, alínea “i”, 16-A e 17, inc. V e § 1º, todos da Lei nº 7.014/96 e Cláusulas primeira e terceira do Convênio ICMS 117/04, c/c Cláusula segunda, inciso I, do Conv. ICMS 101/11.

- **Infração 02 - 06.02.01:** “Deixou de recolher ICMS da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo no estabelecimento. Referente às entradas de bens e/ou materiais a título de material de embalagem que deveria retornar ao estabelecimento remetente – art. 265, XXX, do

Decreto nº 13.780/12, adaptador de transporte, dispositivo de içamento, twist lock, dispositivo H de aço, suporte de fixação, que, no entanto, não retornaram, conforme demonstrativo Barauna_II_Anexo_A/DifalEmbalagem, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte". Valor Lançado R\$ 61.008,81. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, "f", da Lei nº 7.014/96. Enquadramento legal: Art. 4º, inciso XV da Lei nº 7.014/96 c/c art. 305, § 4º, inciso III, alínea "a" do RICMS/BA.

- Infração 03 - 06.05.01: *"Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Referente às aquisições de bens e/ou materiais destinados a uso e/ou consumo do estabelecimento não amparadas pelo benefício da isenção previsto no Convênio ICMS nº 101/97, NCM declarado nas Notas Fiscais em desacordo com a Legislação Tributária, conforme demonstrativo Barauna_II_Anexo_A/Difal, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte". Valor Lançado R\$ 96.650,99. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, "f", da Lei nº 7.014/96. Enquadramento legal: Art. 4º, inciso XV da Lei nº 7.014/96 c/c art. 305, § 4º, inciso III, alínea "a" do RICMS/BA.*

O autuado, tempestivamente, através de seus Representantes Legais, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 39 a 53, frente e verso, tendo, inicialmente, efetuado uma síntese dos fatos, para, em seguida, passar a rechaçar a exigência tributária, na forma que segue.

Assim é que, no tópico intitulado *"DA FALTA DE RESPALDO LEGAL PARA COBRANÇA DE ICMS SOBRE A CONEXÃO E USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA"*, aduziu que os autuantes declararam ter deixado de recolher ICMS sobre a conexão e uso dos sistemas de transmissão na entrada de energia elétrica no seu estabelecimento consumidor ligado à Rede Básica, entre março/2016 a dez/2016. Contudo, destacou que é uma empresa 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 entenderam os autuantes, mas sim aos 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.

Aduziu 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, e, por sua vez, a Transmissora consiste na empresa vencedora de um leilão que recebe a outorga de concessão para prestação de serviço público de transmissão no âmbito do Sistema Interligado Nacional.

Diante desta breve explicação disse que se observa que 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, seu estabelecimento, cuja atividade é de produzir energia através de sua Central Geradora Eólica, conforme explicado no início da peça defensiva, ou seja, sua relação com as transmissoras de energia não é uma relação em que 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 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.

Portanto, afiançou que ainda que se pudesse cogitar a possibilidade de cobrança do ICMS sobre o CUST e os encargos de conexão, ainda assim tais valores não poderiam ser-lhe cobrados eis que 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.

Nesse sentido, disse ser importante anexar as notas fiscais de venda de energia, que bem

demonstram que na qualidade de geradora de energia, vende seu produto (energia) para comercialização e distribuição por terceiros para os consumidores (doc. 08).

Ponderou que a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL editou a Resolução Normativa nº 281/1999, determinando, em seu artigo 10, § 3º, que as geradoras de energia deverão firmar o Contrato de Uso dos Sistemas de Transmissão com o ONS conforme destacou:

Art. 10. O acesso aos sistemas de transmissão e de distribuição será regido pelos Procedimentos de Rede, Procedimentos de Distribuição, pelos contratos celebrados entre as partes e pelas normas e padrões específicos de cada concessionária ou permissionária.

§ 1º Para o acesso a instalações de transmissão componentes da Rede Básica, os usuários deverão firmar o Contrato de Uso dos Sistemas de Transmissão com o ONS, estabelecendo as condições técnicas e as obrigações relativas ao uso das instalações de transmissão, e o Contrato de Conexão com a concessionária de transmissão no ponto de acesso, estabelecendo as responsabilidades pela implantação, operação e manutenção das instalações de conexão e os respectivos encargos.

§ 2º Para o acesso aos sistemas de distribuição, os usuários deverão firmar os contratos de Uso dos Sistemas de Distribuição e de Conexão com a concessionária ou permissionária local.

§ 3º As unidades geradoras despachadas centralizadamente pelo ONS, mesmo que estejam diretamente conectadas ao sistema de distribuição, ou por meio de instalações de uso exclusivo, deverão firmar o Contrato de Uso dos Sistemas de Transmissão com o ONS.

§ 4º A concessionária ou permissionária de distribuição conectada a outra concessionária ou permissionária de distribuição celebrará, com esta, o Contrato de Uso dos Sistemas de Distribuição e o Contrato de Conexão.

Mencionou que firmou Contrato de Uso o Sistema de Transmissão (CUST) com o ONS e as Concessionárias de Transmissão (doc. 06), e conforme 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, conforme transcrição, às fls. 41 a 42v.

Não obstante, argumentou que os autuantes exigiram indevidamente o recolhimento do ICMS sobre a totalidade dos valores referentes aos serviços de transmissão de energia, cobrados pelas CONCESSIONÁRIAS DE TRANSMISSÃO (vide doc. 07) em face da energia que injeta na Rede Básica, ou seja, embora não exista comercialização de energia ou de nenhuma outra espécie de mercadoria que pudesse ensejar a ocorrência do fato gerador do ICMS na sua relação com as CONCESSIONÁRIAS DE TRANSMISSÃO, mesmo assim os autuantes insistiram em lavrar o auto ora impugnado, para cobrar o ICMS sobre o valor total das faturas.

Contudo, observou, o critério material da regra matriz de incidência do ICMS é a realização de operações relativas à circulação (econômica e jurídica) de mercadoria, que 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.

Neste sentido, sustentou que não há 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, ora IMPUGNANTE, (circulação econômica e jurídica), mas mero trânsito físico (locomoção) da energia que produziu e injetou (operação de saída e não de entrada) na Rede Básica a fim de que, na sequência, após a devida comercialização, chegue aos consumidores finais, onde ocorre a hipótese de incidência de ICMS preceituada pela Constituição Federal/88, em seus elementos delineadores insculpidos no artigo 155, inciso II e § 3º, ao tempo em que a Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir) define as normas gerais do ICMS, nos termos do artigo 146, inciso III, alínea "a", da Carta Magna.

Passou a explicar o critério material da hipótese de incidência do ICMS estabelecido no texto constitucional, analisando o significado e abrangência de cada um dos elementos da incidência, a saber: operações, circulação e mercadorias, depreendendo 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.

Após incursões na legislação tributária considerada pertinente, ponderou que resta claro que o contribuinte será o adquirente de energia, a quem será atribuída a responsabilidade (indevida) pelo pagamento do ICMS sobre o uso dos sistemas de transmissão e distribuição, sendo que, firme nessa premissa é que foi lavrado o auto de infração ora combatido, em que lhe atribui, 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.

Destacou que referida cobrança teve por base o art. 400 do RICS/BA, 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:

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. ICMS 117/04).

Contudo, reafirmou, é 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), não havendo no caso dos autos, operação de entrada de energia que possa gerar a “pretensa” atribuição de responsabilidade para si pelo recolhimento do ICMS sobre os encargos de uso do sistema de transmissão, posto que, na realidade, como geradora de energia, ao fazer uso do sistema de transmissão, para “injetar” na rede a energia produzida, não assume a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS.

Ante tal panorama legal e doutrinário, concluiu pugnando 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 afirmou que já 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, albergadas pela não incidência do ICMS (doc. 08).

Para referendar seus argumentos citou jurisprudência do STJ, inclusive a Súmula nº 166, para concluir este tópico asseverando que conforme demonstram a jurisprudência, a doutrina e a legislação que a utilização da conexão e sistemas de transmissão de energia elétrica pela que efetua não é fato gerador de ICMS, razão pela qual deve ser anulado o crédito tributário ora impugnado.

Em seguida adentrou ao tópico intitulado “DA ISENÇÃO DE ICMS SOBRE VASILHAMES E SACARIAS”, aduzindo que as operações com embalagens, sacarias, vasilhames e recipientes quando não cobrados do destinatário e não computados no valor das mercadorias que acondicionem e desde que retornem ao remetente, são isentas do ICMS conforme dispõe o Convênio ICMS nº 88/91 em sua Cláusula primeira.

Mencionou que, na realidade, como as mercadorias são apenas remetidas para acondicionar determinados bens e, posteriormente retornam ao remetente, não há operação mercantil que justifique a cobrança do ICMS, e de acordo com o mencionado Convênio, as operações com sacarias, vasilhames, recipientes e outras embalagens – quando não integrantes do custo das mercadorias que acondicionam, são isentas do ICMS, bem como é isenta a respectiva operação de retorno, não tendo a legislação determinado qualquer prazo para que tais bens retornem ao remetente.

Pontuou que, neste contexto, lhe foram enviados vasilhames e sacarias, conforme demonstram

notas fiscais de remessa anexas, (doc. 09), provenientes dos Estados de São Paulo e Ceará, nos meses de nov/2015, dez/2015 e fev/2016, os quais, mais este Estado, adotaram internamente a isenção prevista no Convênio ICMS nº 88/91, conforme transcreveu, destacando que a legislação referida não condiciona a isenção de ICMS sobre a remessa de vasilhames e sacarias a uma devolução com prazo certo.

Observou que se tratam de produtos remetidos pela empresa Wobbbwen Windpower Ind. Com. Ltda., para acondicionar as pás eólicas a fim de protege-las durante o transporte, (doc. 09.1), que, nessa medida, por se tratarem de operações de remessas de vasilhames e sacarias, são acobertadas pela isenção de ICMS prevista no Convênio ICMS 88/91 e no art. 265, XXX, do RICMS/BA.

Asseverou que, ao contrário do quanto dito pelos autuantes, os referidos bens retornaram ao remetente, que, por sua vez, emitiram as respectivas notas de entrada, doc. 9.2, que comprovam que não permaneceu com os bens em questão, estando as notas de remessa e de retorno devidamente vinculadas, conforme atesta o exemplo afixado à fl. 47v.

Assim, se os itens destinados à proteção das pás eólicas transitaram em operações de remessa acobertadas pela isenção de ICMS e, depois, retornaram aos respectivos remetentes, cumprindo, portanto, a condição que confirma a isenção do ICMS na operação, correto o afastamento do crédito tributário descrito nesta infração, uma vez que se trata de operação isenta, respaldada no CST 140 e CFOPs 6920/2921, conforme demonstram as notas fiscais de remessa (doc. 9.1) e de retorno (doc. 9.2) anexas, razão pela qual requereu o reconhecimento da improcedência da infração 02.

Abriu o tópico intitulado *“DA NECESSIDADE DE CORREÇÃO DE ALÍQUOTAS DO ICMS INCIDENTE SOBRE SACARIAS E VASILHAMES”*, onde disse que apenas a título de argumentação, caso seja mantida a tributação pelo ICMS, se faz necessário a adequação das alíquotas imputadas na autuação, que foram cominadas utilizando-se a regra geral de alíquota interna de 17%, vigente à época dos fatos geradores realizados nos meses de nov/2015, dez/2015 e fev/2016, entretanto na hipótese de prevalecer o raciocínio de que as sacarias e os vasilhames se sujeitam a incidência do ICMS, deve-se levar em consideração que não se trata de operação interna, mas interestaduais, oriundas dos Estados do Ceará e de São Paulo.

Ao se reportar à infração 03, arguiu falta de respaldo legal à cobrança de diferencial de alíquota, pelo fato de a autuação ter se equivocado ao relacionar a aquisição de mercadorias à aquisição de mercadorias previstas no Convênio 101/97 e assim ter deixado de recolher o ICMS-Difal, relacionados aos fatos geradores realizados em nov/15 a mar/16 e mai/16, envolvendo aerogeradores de energia eólica, bem como suas partes e peças integrantes.

Para efeito de exemplificação da operação, apontou as notas fiscais 62.145, emitida a título de simples faturamento de venda para entrega futura, doc. 10.1, bem como a nota fiscal 67.755 referente a operação de venda da mercadoria adquirida para entrega futura, fl. 49, mercadorias estas que, por uma questão de logística e ante sua complexidade, foram enviadas através de remessas parciais, conforme demonstrado, passando a explicar como ocorre a operacionalização.

Citou que o aerogerador é a parte principal que forma a estrutura da torre eólica, e, devido à intrincada relação de peças e componentes que formam a mercadoria em questão, a aquisição se deu mediante compra para entrega futura – operação em que o estabelecimento vendedor comercializa uma dada mercadoria, para posterior entrega ao adquirente no prazo e forma convencionada entre ambos.

No caso concreto, explicou, o vendedor, contribuinte do ICMS, emitiu inicialmente notas fiscais de simples faturamento, para entrega futura (que não se sujeita à incidência do ICMS), por exemplo, do conjunto denominado “aerogerador E-92 Completo” que seria entregue através de remessas parciais, e, na sequência, quando da efetiva entrega dos produtos, emitiu as respectivas notas fiscais de venda de mercadoria adquirida para entrega futura, conforme demonstram as notas fiscais acima relacionadas (dentre outras que constam nos anexos), enquanto as notas de

venda que contemplam as efetivas remessas parciais dos bens que compõem o produto “aerogerador E-92” foram emitidas considerando a isenção do ICMS prevista no item XIII da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 101/97, por se tratarem de partes e peças utilizadas principalmente em aerogeradores, entretanto, em que pese serem as operações em tela respaldadas pela isenção de ICMS prevista no Convênio 101/97, os autuantes efetuaram a cobrança do diferencial de alíquotas de ICMS, como se tratassem de operações tributadas, sob o equivocado argumento de que o NCM destacado nas notas fiscais estaria em desacordo com a legislação baiana.

Disse que, na realidade, os autuantes trataram cada item de forma separada e consideraram sua classificação fiscal de forma isolada, como se fossem bens adquiridos “aleatoriamente”, quando na verdade os bens indicados foram em sua totalidade adquiridos para compor os aerogeradores, razão pela qual foram albergados pela isenção do ICMS nos termos do item XIII da Cláusula Primeira do Convênio 101/97.

A título de exemplo, citou que os autuantes em relação ao bem “*suporte da rede*” classificado no NCM 85023100 entenderam deveria ser classificado no NCM 73269090, e, nessa medida, lançou o ICMS respectivo, contudo, não se atentou para o fato de que a Cláusula XIII menciona partes e peças utilizadas exclusiva ou principalmente em aerogeradores, estes sim classificados nas posições 8502.31.00, portanto, ainda que as partes e peças isoladamente tenham classificações em NCMs distintas da 85023100, como alegado pelos autuantes, ainda assim, por serem utilizadas principalmente nos aerogeradores, permanecem isentas do ICMS, por força do disposto no item XIII da Cláusula Primeira do referido convênio.

Observou que o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ editou o Convênio ICMS 101/97, concedendo isenção do recolhimento de ICMS para empresas que atuam em suas operações com equipamentos e componentes para o aproveitamento da energia eólica – como uma forma de incentivar o segmento empresarial a investir na produção de energias renováveis:

Cláusula primeira - Ficam isentas do ICMS as operações com os produtos a seguir indicados e respectivas classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul - Sistema Harmonizado - NCM/SH:

VIII - aerogeradores de energia eólica - 8502.31.00;

XIII - partes e peças utilizadas:

a) exclusiva ou principalmente em aerogeradores, classificados no código 8502.31.00, em geradores fotovoltaicos, classificados nos códigos 8501.31.20, 8501.32.20, 8501.33.20 e 8501.34.20 - 8503.00.90;

b) em torres para suporte de energia eólica, classificadas no código 7308.20.00 - 7308.90.90;

Citou que no Estado da Bahia, tal benefício fiscal encontra guarida no art. 264, XIX, do RICMS/BA:

Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

(...)

XIX - as operações com os equipamentos e acessórios para aproveitamento das energias solar e eólica especificados no Conv. ICMS 101/97, desde que beneficiadas com isenção ou tributadas com alíquota zero do IPI.

Ademais, salientou que, mesmo na remota hipótese de as operações envolvendo os aerogeradores e suas partes e peças não ser albergada pela isenção do Convênio 101/97, ainda assim não caberia o recolhimento do ICMS na hipótese em tela, uma vez que os produtos foram adquiridos para integrar seu ativo imobilizado, o que ensejaria o diferimento do ICMS com a posterior “dispensa de lançamento”, mencionando, para efeito de respaldar seu argumento, os arts. 286, XXV, c/c § 13, III e § 15 e 287, § 1º do RICMS/BA.

Neste contexto, ressaltou que como os bens objeto da autuação foram adquiridos para compor o ativo imobilizado do seu estabelecimento industrial da e permanecem em suas instalações, gerando energia, desde a sua aquisição, ainda que se cogitasse a possível incidência de ICMS (pela eventual não aplicação da isenção prevista no Convênio 101/97), ainda assim a operação estaria sujeita na entrada no Estado ao diferimento do DIFAL, seguido da dispensa do pagamento

do ICMS, uma vez que os bens foram incorporados ao ativo imobilizado do seu estabelecimento industrial e nele permanecem por mais de 02 (dois) anos da data da entrada do bem, de forma que, quando da eventual saída dos bens, já não mais haverá ICMS a pagar.

Com isso, concluiu este tópico asseverando que não há ICMS a ser recolhido na operação em comento, uma vez que está respaldada em regras de isenção previstas no Convênio 101/97 e de dispensa de lançamento – que nada mais é do que outra espécie de isenção.

Pleiteou a necessidade de *“CORREÇÃO DE ALÍQUOTAS QUANTO DO ICMS INCIDENTES SOBRE A AQUISIÇÃO DOS BENS PARA O ATIVO”*, argumentando que na remota hipótese de ser mantida a tributação de ICMS sobre aerogeradores, suas partes e peças, cabe reiterar a argumentação tratada no item “3.2.1”, ou seja: será necessário o ajuste das alíquotas, posto que as mercadorias foram remetidas do Estado de São Paulo com destino à Bahia, razão pela qual o ICMS a recolher, se devido fosse, seria o resultado da diferença entre a alíquota do estado de destino e a alíquota interestadual.

Requeru a redução do percentual da multa aplicada para 50% (Art. 42, I, da Lei nº 7.014/96), realização de perícia fiscal, cujos quesitos apresentou, e, a título de requerimentos finais apresentou os seguintes pedidos:

- Julgar procedente esta impugnação, extinguindo os créditos tributários, em face do:

a) Reconhecimento da não incidência de ICMS sobre:

a.1) A utilização da conexão e sistemas de transmissão de energia elétrica por empresa geradora de energia elétrica;

a.2) A operação com remessa e retorno de vasilhames e sacarias;

a.2.1) Na remota hipótese de rejeição do pedido acima, requer-se o ajuste das alíquotas suscitadas no Auto de Infração, para que sejam calculadas com base na diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

a.3) Aquisição de aerogeradores, suas partes e peças, por se tratar de operação abrangida por regras de isenção e/ou de diferimento com dispensa de lançamento;

a.3.1) Na remota hipótese de rejeição do pedido acima, requer-se o ajuste das alíquotas suscitadas no Auto de Infração, para que sejam calculadas com base na diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual.

b) reconhecimento de sua ilegitimidade passiva 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) Em caso de manutenção do entendimento exposto no Auto de Infração ora impugnado, o que se admite por mero esforço de argumentação, requer a diminuição da multa cominada de 60% para 50%, nos termos do art. 42, I, da Lei Estadual nº 7.014, de 04.12.1996.

Em assim não entendendo de pronto, requereu a conversão do feito em diligência, para que seja realizada perícia fiscal, nos termos do art. 145 do RPAF, 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.

Por fim, requereu que todas as publicações sejam efetuadas em nome da Dra. TACIANA BRADLEY, inscrita na OAB-PE sob o nº 19.130, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 272, § 2º, do CPC.

Um dos autuantes apresentou Informação Fiscal, fls. 83 a 93, observando que a discussão instaurada quanto à Infração 01 restringe-se, exclusivamente, à questão de mérito onde se 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.

Neste sentido asseverou que o fato e a documentação fazem prova que o autuado, BARAUNAS II

ENERGÉTICA S/A, arcou com o ônus dos encargos de conexão/uso do sistema.

Citou 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, que são: *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.

Ressaltou 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.

Ressaltou que tanto a utilização do sistema de transmissão para receber e/ou transmitir Energia Elétrica há incidência do ICMS e que não vai aqui, discutir o vocábulo “mercadoria”, fls. 29 e 29/v trazido pela defesa, e que, por analogia, tem-se que entender a conexão e uso do sistema como a prestação do “serviço de transporte”. Específico, claro, de Energia Elétrica. Presta-se para tal fim.

Considerou necessário recorrer à Resolução Normativa Nº 506/2012 da AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL:

“RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 506, DE 4 DE SETEMBRO DE 2012

Estabelece as condições de acesso ao sistema de distribuição por meio de conexão a instalações de propriedade de distribuidora e dá outras providências.

...

XIII – encargo de conexão a instalações de distribuição: valor devido pelo acessante quando se conecta a instalações de propriedade da distribuidora, calculado com base em custos associados às instalações de responsabilidade do acessante, os quais são definidos de acordo com a regulamentação relativa a cada tipo de acessante;

XIV – encargo de uso do sistema de distribuição: valor devido pelo acessante pelo uso do sistema de distribuição, calculado pelo produto das parcelas da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição– TUSD pelos respectivos valores contratados ou verificados de Montante de Uso do Sistema de Distribuição – MUSD e de energia;

...”

Disse que, visando firmar entendimento sobre transmissão de Energia Elétrica entre os entes federativos, transcreveu resposta à consulta formulada à CAT/SP, fls. 85 a 98:

“Decisão Normativa nº 4 de 03/11/2004 /

(D.O.U. 04/11/2004)

ICMS - Transmissão de energia elétrica - Trata-se de circulação de mercadoria, e não de serviço de transporte - Considerações sobre a ocorrência do fato gerador e sobre o diferimento do lançamento

COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Decisão Normativa CAT-4, de 3-11-2004

ICMS - Transmissão de energia elétrica - Trata-se de circulação de mercadoria, e não de serviço de transporte - Considerações sobre a ocorrência do fato gerador e sobre o diferimento do lançamento.

(...)”

Assim, com base na referida Consulta, cuja resposta transcreveu na íntegra, afiançou que os encargos de conexão e uso do sistema é a forma de cobrança da transmissão.

Sobre o questionamento do autuado quanto à Súmula 166/STJ, fls. 45v e 46, disse entender que não

guarda nenhuma relação com a matéria em discussão.

Em relação a infração 02, disse que não se está em questionamento a isenção prevista no art. 265, XXX, do RICMS, quanto aos materiais utilizados como para acomodação e transporte dos equipamentos, e que o fato concreto é que, na verdade ocorreu entrada desses materiais sem o recolhimento do ICMS, uma vez que não são utilizados como sacaria, vasilhames e recipientes e não retornaram ao estabelecimento de origem.

Apontou ser esta a condição *sine qua nom* para o benefício da isenção da movimentação desses bens e/ou materiais:

“Art. 265. São isentas do ICMS:

...

XXX – as saídas de vasilhames, recipientes e embalagens, inclusive sacaria (Conv. ICMS 88/91):

a) quando não cobrados do destinatário ou não computados no valor das mercadorias que acondicionarem, e desde que devam retornar ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular;

b) em retorno ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular ou a depósito em seu nome, devendo o trânsito ser acobertado por via adicional da nota fiscal relativa à operação de que trata a alínea “a” deste inciso;

c) as saídas relacionadas com a destroca de botijões vazios (vasilhames) destinados ao acondicionamento de gás liquefeito de petróleo (GLP), inclusive derivado de gás natural, quando efetuadas por distribuidor de gás, como tal definido pela legislação federal específica, seus revendedores credenciados e pelos estabelecimentos responsáveis pela destroca dos botijões (Conv. ICMS 88/91), observado os procedimentos estabelecidos no Conv. ICMS 99/96;

...”

Resumindo disse que o autuado não comprovou o retorno desses materiais de acondicionamento e transporte no curso da ação e nem mesmo na sua peça defensiva, ressaltando que, até a conclusão dessa informação fiscal também não apresentou nenhum documento fiscal comprovando o retorno ao remetente o que se presume terem sido consumidos no estabelecimento, afinal, o autuado recebeu os bens que foram acondicionados.

Quanto à questão da “necessidade de correção da alíquota”, fls. 48 e 48/v, disse descaber qualquer comentário.

No que pertine a infração 03, citou que ocorreu de não ter sido recolhido o ICMS diferença de alíquota nas entradas de bens e/ou matérias não beneficiados pela isenção prevista no Convênio ICMS nº 101/97, pontuando que para usufruir do beneplácito as mercadorias devem, obrigatoriamente, atender aos ditames do referido Convênio ICMS Nº 101/97, isto é, devem estar relacionados com descrição e NCM e não ser objeto de tributação do IPI ou tributado à alíquota zero, sendo aqui também totalmente descabida a pretensão do autuado quanto a aplicação da alíquota (fl. 51/v).

Em conclusão ponderou 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, cuja comprovação são as Notas Fiscais relacionadas no demonstrativo de fls. 09 a 17, 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, razão pela qual se presume que os encargos de conexão e utilização do sistema são de entrada de energia no seu estabelecimento, ao tempo em que, o autuado tanto gera quanto consome Energia Elétrica, ou seja, gera numa voltagem e consome em outra, bem inferior.

Disse que da mesma forma, não restou comprovado o retorno dos bens que deram entrada no estabelecimento do material para acondicionamento e transporte dos bens que adquiriu e, no mesmo sentido não comprovou que os bens e/ou materiais relacionados na Infração 03 estão relacionados no Convênio ICMS Nº 101/97, ou seja, não se tratam de mercadorias isentas e sim tributadas. Portanto, no campo da incidência do ICMS diferença de alíquota uma vez que foram

adquiridos para uso e/ou consumo do estabelecimento.

Concluiu requerendo a Procedência do Auto de Infração.

Em 31 de janeiro de 2023, o PAF foi encaminhado em diligência à PGE/Profis, conforme abaixo:

“Em 30 de novembro de 2021, em atendimento a determinação emanada da Coordenação de Avaliação / CONSEF, o presente PAF foi devolvido à Coord. Administrativa deste órgão, nos seguintes termos:

Em atendimento a orientação emanada da Coordenação de Avaliação deste Órgão Julgador, no sentido de que “Por orientação da PGE-PROFIS, peço que suspendam o julgamento dos PAFs que tenham por objeto a exigência de ICMS sobre a Tarifa de Utilização do Sistema de Transmissão (TUST) e sobre a Tarifa de Utilização do Sistema de Distribuição (TUSD), em operações de aquisição de energia elétrica no mercado livre.

Essa questão está afeta ao Superior Tribunal de Justiça, sob o “TEMA REPETITIVO 986”, oportunidade em que a Corte Superior irá decidir a seguinte questão “Inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) na base de cálculo do ICMS”.

Tendo em vista que a INFRAÇÃO 01 do presente PAF trata da questão acima posta, enquanto que o mesmo me foi encaminhado em 07/10/2021 para instrução e posterior julgamento, estou devolvendo o mesmo à essa Coordenação Administrativa para os devidos fins.

Em 02 de dezembro de 2022, o presente PAF retornou a este julgador para instrução, entretanto, em 04 do corrente mês fomos cientificados da nova orientação emanada da Coord. de Avaliação do CONSEF nos seguintes termos:

“Por ordem da Presidência do Conseq, estamos adotando uma nova orientação no trato dos PAFs que tenham por objeto a exigência de ICMS sobre a Tarifa de Utilização do Sistema de Transmissão (TUST) e sobre a Tarifa de Utilização do Sistema de Distribuição (TUSD), em operações de aquisição de energia elétrica no mercado livre.

Peço que enviem, os Paf’s citados, EM DILIGÊNCIA À PGE/PROFIS para emissão de parecer jurídico acerca da matéria (EM PAUTA SUPLEMENTAR).

Como vocês sabem, essa questão continua afeta ao Superior Tribunal de Justiça, sob o “TEMA REPETITIVO 986”, oportunidade em que a Corte Superior irá decidir a seguinte questão “Inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) na base de cálculo do ICMS”.

Continuamos, portanto, no aguardo dessa decisão”.

Isto posto, e em atendimento ao quanto acima determinado, decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal pelo encaminhamento do presente PAF em diligência à PGE/Profis no sentido de que seja emitido Parecer Jurídico acerca da matéria acima posta”.

No despacho proferido à fl. 104, encaminhando o processo à Coordenação de Administração/CONSEF, consta: “Em 25 de maio de 2023 o mesmo foi tramitado para este relator, com manifestação da PGE, fls. 101 e 102, requerendo o “sobrestamento do feito na esteira da determinação firmada no TEMA REPETITIVO 986, abaixo reproduzido, para que se aguarde a definição consolidada da questão no âmbito do Poder Judiciário, evitando-se um possível descompasso entre as decisões prolatadas no contencioso administrativo fiscal do Estado da Bahia e o STJ”.

Às fls. 119 a 125, contém petição da lavra do autuado, através de seus Patronos, insurgindo-se contra o entendimento da PGE/Profis acerca do sobrestamento do presente PAF, argumentando que o caso em questão não se amolda a situação tratada no tema 986 do STJ, citando, inclusive, jurisprudência deste CONSEF que considera favorável ao seu entendimento, arrematando no sentido de que “... há de se concluir pela inaplicabilidade do sobrestamento dos autos em razão do distinguish do caso concreto em relação ao objeto do tema 986 do STJ, pelo que requer a Impugnante a sustação da suspensão do processo, devendo o mesmo seguir seu curso, para ser julgado no sentido de se reconhecer a total nulidade do auto de infração combatido, por vício de motivação, ou mesmo pela sua completa improcedência, 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, portanto, conforme exaustivamente demonstrado, a IMPUGNANTE 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”.

Em 19 de dezembro de 2023, novamente os presentes autos foram encaminhados em diligência à PGE/Profis, nos seguintes termos:

“Em 30 de novembro de 2021, em atendimento a determinação emanada da Coordenação de Avaliação / CONSEF, o presente PAF foi devolvido à Coord. Administrativa deste órgão, nos seguintes termos:

Em atendimento a orientação emanada da Coordenação de Avaliação deste Órgão Julgador, no sentido de que “Por orientação da PGE-PROFIS, peço que suspendam o julgamento dos PAFs que tenham por objeto a exigência de ICMS sobre a Tarifa de Utilização do Sistema de Transmissão (TUST) e sobre a Tarifa de Utilização do Sistema de Distribuição (TUSD), em operações de aquisição de energia elétrica no mercado livre.

Essa questão está afeta ao Superior Tribunal de Justiça, sob o “TEMA REPETITIVO 986”, oportunidade em que a Corte Superior irá decidir a seguinte questão “Inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) na base de cálculo do ICMS”.

Tendo em vista que a INFRAÇÃO 01 do presente PAF trata da questão acima posta, enquanto que o mesmo me foi encaminhado em 07/10/2021 para instrução e posterior julgamento, estou devolvendo o mesmo à essa Coordenação Administrativa para os devidos fins.

Em 02 de dezembro de 2022, o presente PAF retornou a este julgador para instrução, entretanto, em 04 do corrente mês fomos cientificados da nova orientação emanada da Coord. de Avaliação do CONSEF nos seguintes termos:

“Por ordem da Presidência do Conseq, estamos adotando uma nova orientação no trato dos PAFs que tenham por objeto a exigência de ICMS sobre a Tarifa de Utilização do Sistema de Transmissão (TUST) e sobre a Tarifa de Utilização do Sistema de Distribuição (TUSD), em operações de aquisição de energia elétrica no mercado livre.

Peço que enviem, os Paf’s citados, EM DILIGÊNCIA À PGE/PROFIS para emissão de parecer jurídico acerca da matéria (EM PAUTA SUPLEMENTAR).

Como vocês sabem, essa questão continua afeta ao Superior Tribunal de Justiça, sob o “TEMA REPETITIVO 986”, oportunidade em que a Corte Superior irá decidir a seguinte questão “Inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) na base de cálculo do ICMS”.

Na

Continuamos, portanto, no aguardo dessa decisão”.

Isto posto, e em atendimento ao quanto acima determinado, decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal pelo encaminhamento do presente PAF em diligência à PGE/Profis no sentido de que seja emitido Parecer Jurídico acerca da matéria acima posta”.

Em 23 de abril de 2024, a PGE/Profis, através do Processo nº PGE2023025176-0, emitiu Parecer Jurídico, fls. 169 a 170, referendado pela I. Procuradora Assistente da NCA, fls. 171 e 172, conforme a seguir reproduzido:

“A Procuradoria Geral do Estado, por seu procurador in fine, com supedâneo no art. 140 da Constituição do Estado da Bahia c/c art. 20 da Lei Complementar nº 34/09, instada, por conduto da 4ª JJF do CONSEF (fls. 165), a se manifestar sobre o andamento atual do cenário jurídico da questão referente à TUST e TUSD – Tema Repetitivo 986, vem se posicionar no seguinte sentido.

A 1ª Seção do STJ julgou em 13 de março de 2024, o Tema 986 dos repetitivos, referente à inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) na base de cálculo do ICMS, definindo a questão da seguinte maneira:

“A tarifa de uso do sistema de transmissão TUST e/ou a tarifa de uso de distribuição TUSD quando lançadas na fatura de energia elétrica como encargo a ser suportado diretamente pelo consumidor final, seja ele livre ou cativo, integra para fins do art. 3º, § 1º, II, “a”, da LC 87/96, a base de cálculo do ICMS”.

Entretanto, os efeitos da decisão foram modulados nos seguintes termos:

Considerando que até o julgamento do Resp 1.163.020/RS, a orientação das Turmas de Direito Público do STJ era favorável ao contribuinte de ICMS nas operações de energia elétrica, proponho a modulação de modo a incidir exclusivamente sobre aqueles consumidores que até 27 de março de 2017 tenham sido beneficiados por decisões que tenham deferido a antecipação de tutela, desde que elas se encontrem ainda vigentes para independente de depósito judicial autorizar o recolhimento de ICMS sem a inclusão da

TUSD/TUST, que passarão a incluir a TUSD/TUST na forma do Tema 986 a partir da publicação do presente acórdão, inclusive aqueles que tiverem decisão com trânsito em julgado (nesse último caso, mediante vis processual adequada aferida caso a caso).

Neste passo, podemos dissecar a modulação em relação aos contribuintes beneficiados pela atenuação da seguinte forma: a) a modulação **não** beneficia contribuintes sem ajuizamento de demanda judicial; b) a modulação **não** beneficia contribuintes com ajuizamento de demanda judicial, na qual inexistia tutela ou tutela revogada; c) a modulação **não** beneficia contribuintes com ajuizamento de demanda judicial na qual a tutela tenha sido condicionada à realização de depósito judicial; d) a modulação **não** beneficia contribuintes com ajuizamento de demanda judicial na qual a tutela tenha sido concedida após 27 de março de 2017; e) a modulação **não** beneficia contribuintes com demandas transitadas em julgado (análise individual, caso a caso).

Assim sendo, diante dos efeitos da decisão objeto do Tema Repetitivo 986, entendemos que a decisão sobre o presente lançamento deve se debruçar sobre os efeitos da modulação, verificando-se a existência ou não dos requisitos necessários à atenuação definidos na modulação”.

Foi dada ciência autuado do Parecer supra da PGE/Profis, fls. 175/176, enquanto que às fls. 178 e 179, um dos autuantes voltou a se pronunciar, destacando que, em relação a infração 01, a mesma matéria já fora apreciada pela 2ª JJF em 10/11/2022 através do Acórdão nº 222-02/22, referente ao Auto de Infração nº 279757.0105/20-8, cuja ementa assim se apresenta

“ICMS. 1. 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. Auto de Infração NULO. Decisão unânime”.

Por igual, no mesmo sentido, citou o Acórdão nº 223/02-22, de 10/11/2022, também da 2ª JJF, que decidiu também pela nulidade a infração constante do A.I. nº 279757.0103/20-5, ambos da lavra do mesmo autuante autor do presente pronunciamento.

O autuado se manifestou, fls. 186 a 190, destacando que é uma empresa geradora de energia que não se enquadra como consumidora de energia elétrica, incorrendo em sua operação o fato gerador do ICMS, qual seja a entrada de energia elétrica no estabelecimento consumidor, logo, diversamente da concepção trazida no bojo do lançamento, a sua relação com as Concessionárias de Transmissão não se refere a “*entrada de energia do seu estabelecimento consumidor*”, mas à disponibilização na rede básica da energia produzida em seu próprio estabelecimento a fim de que seja posteriormente vendida para distribuidoras e comercializadoras.

Disse que com o fito de comprovar a natureza de sua operação anexou aos autos as notas fiscais de venda de energia elétrica produzida, demonstrando que é geradora de energia e vende seu produto para comercialização e distribuição por terceiros para consumidores finais, situação totalmente diversa da constante na autuação ao dispor que se estaria diante de operações envolvendo a “*entrada de energia elétrica no estabelecimento consumidor*”.

Após citar e demonstrar que o caso em questão não se amolda a situação tratada no Tema 986/STJ, apontou e transcreveu julgados deste CONSEF concernentes a questão ora discutida, da lavra dos mesmos autuantes, onde foi decidido pela nulidade dos autos de infração envolvidos.

Registro o comparecimento à sessão virtual de julgamento, realizada nesta data do representante legal do autuado, Dra. Marcela Teresa Martins, OAB/PE nº 33.449, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O Auto de Infração sob exame envolve exigência de ICMS no montante histórico na ordem de R\$ 184.497,79, mais multas, decorrentes das imputações:

- **Infração 01 - 02.01.21:** “*Deixou o contribuinte de recolher o ICMS incidente sobre a conexão e uso dos Sistemas de Transmissão na entrada de energia elétrica no seu estabelecimento consumidor ligado a rede básica. Mesmo tendo sido, a operação, regularmente escriturada e emitida a correspondente Nota Fiscal de entrada. Conforme demonstrativo Baraúna_II_Anexo/EnergiaElétrica, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte*”. Valor Lançado R\$

26.837,99. Período março/16 a dezembro/16. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96. Enquadramento legal: Arts. 268, XVII, 400 e 402 do RICMS/BA, c/c Arts. 2º, III e § 2º, 4º, inc. 4º, 5º § 1º, 13 inc. I, alínea “g”, 16, inc. II, alínea “i”, 16-A e 17, inc. V e § 1º, todos da Lei nº 7.014/96 e Cláusulas primeira e terceira do Convênio ICMS 117/04, c/c Cláusula segunda, inciso I, do Conv. ICMS 101/11.

- **Infração 02 - 06.02.01:** *“Deixou de recolher ICMS da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo no estabelecimento. Referente às entradas de bens e/ou materiais a título de material de embalagem que deveria retornar ao estabelecimento remetente – art. 265, XXX, do Decreto nº 13.780/12, adaptador de transporte, dispositivo de içamento, twist lock, dispositivo H de aço, suporte de fixação, que, no entanto, não retornaram, conforme demonstrativo Barauna_II_Anexo_A/DifalEmbalagem, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte”.* Valor Lançado R\$ 61.008,81. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, “f”, da Lei nº 7.014/96. Enquadramento legal: Art. 4º, inciso XV da Lei nº 7.014/96 c/c art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a” do RICMS/BA.

- **Infração 03 - 06.05.01:** *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Referente às aquisições de bens e/ou materiais destinados a uso e/ou consumo do estabelecimento não amparadas pelo benefício da isenção previsto no Convênio ICMS nº 101/97, NCM declarado nas Notas Fiscais em desacordo com a Legislação Tributária, conforme demonstrativo Barauna_II_Anexo_A/Difal, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte”.* Valor Lançado R\$ 96.650,99. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, “f”, da Lei nº 7.014/96. Enquadramento legal: Art. 4º, inciso XV da Lei nº 7.014/96 c/c art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a” do RICMS/BA.

Apesar do presente PAF ter sido encaminhado em diligência, em mais de uma oportunidade, no que tange a infração 01, vejo que tais procedimentos, em relação ao presente caso, se mostraram desnecessários tendo em vista que a matéria envolvida nesta autuação, efetivamente não demandava estas providências tendo em vista que restou comprovado que o autuado é uma empresa geradora de energia que não se enquadra como consumidora de energia elétrica, não ocorrendo *in casu* o fato gerador do ICMS, qual seja a entrada de energia elétrica no estabelecimento consumidor, logo, de fato, diversamente da concepção trazida no bojo do lançamento, a relação com as Concessionárias de Transmissão “*não se refere a entrada de energia do seu estabelecimento consumidor*”, mas à disponibilização na rede básica da energia produzida em seu próprio estabelecimento a fim de que seja posteriormente vendida para distribuidoras e comercializadoras.

Desta forma, está caracterizado e comprovado que a natureza das operações abarcadas pela autuação, diferentemente do que consta na autuação, se refere a venda de energia elétrica produzida pelo próprio, consoante se verifica através das notas fiscais de venda trazida aos autos, demonstrando que se trata de uma empresa geradora de energia e vende seu produto para comercialização e distribuição por terceiros para consumidores finais, situação totalmente diversa da constante na autuação ao dispor que se estaria diante de operações envolvendo a “*entrada de energia elétrica no estabelecimento consumidor*”.

Aliás, esta é uma situação que foi reconhecida pelos próprios autuantes que, por ocasião do último pronunciamento reconheceram os argumentos defensivos e destacaram que em relação a infração 01, a mesma matéria já fora apreciada pela 2ª JF em 10/11/2022 através do Acórdão nº 222-02/22, referente ao Auto de Infração nº 279757.0105/20-8, cuja ementa assim se apresenta:

“ICMS. 1. 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. Auto de Infração NULO. Decisão unânime”.

Por igual, no mesmo sentido, citou o Acórdão nº 223/02-22, de 10/11/2022, também da 2ª JJF, que, por igual, decidiu também pela nulidade da infração constante do A.I. nº 279757.0103/20-5, ambos da lavra do mesmo autuante autor do presente pronunciamento.

De maneira que, apesar do posicionamento externado pelos julgados acima citados, entendo que, no caso sob exame, estamos diante de uma situação de improcedência da infração imputada visto que a acusação não se confirmou, por isso julgo improcedente a infração 01.

Naquilo que se relaciona a infração 02, relacionada a *“Deixou de recolher ICMS da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo no estabelecimento. Referente às entradas de bens e/ou materiais a título de material de embalagem que deveria retornar ao estabelecimento remetente – art. 265, XXX, do Decreto nº 13.780/12, adaptador de transporte, dispositivo de içamento, twist lock, dispositivo H de aço, suporte de fixação, que, no entanto, não retornaram, conforme demonstrativo Barauna_II_Anexo_A/DifalEmbalagem, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte”*, com valor lançado na ordem de R\$ 61.008,81, vejo que também assiste razão ao autuado em seus argumentos.

Vejo que se trata de uma acusação recorrente, que já enfrentada por este CONSEF em julgados pretéritos, decorrentes de autos de infração da mesma natureza e da autoria dos mesmos autuantes, a exemplo do Acórdão nº 0160-01/21, cujo Voto assim se apresenta:

“A infração 01 acusa a falta de recolhimento do ICMS diferença de alíquota, nas aquisições de mercadorias destinadas a ativo fixo e/ou consumo do estabelecimento não amparadas pela isenção prevista no Convênio ICMS 101/97.

A empresa autuada é uma Central Geradora de Energia Eólica, que para viabilizar o funcionamento de sua Central Geradora Eólica, adquiri componentes e equipamentos.

Esclareceu o impugnante, que o aerogerador, objeto do Convênio, é a parte principal da estrutura da torre eólica, e que as aquisições de peças e componentes que formam o aerogerador ocorrem através de compras para entrega futura, operações estas, não sujeitas ao ICMS, onde o vendedor emite a nota fiscal de simples faturamento, e posteriormente, quando da efetiva entrega dos produtos, são emitidas as notas fiscais de remessas das mercadorias.

Os argumentos defensivos não foram acolhidos pelo autuante, ao entendimento de que as mercadorias objeto da autuação não estão beneficiadas pela isenção prevista pelo Convênio ICMS nº 101/97.

Contudo, na planilha às fls. 18/19, elaborada pelo autuante, que contém o período não alcançado pela decadência, constata-se que boa parte das mercadorias questionadas têm como NCMs 8502.31.00 e 7308.90.90, estando contemplados na isenção prevista no Convênio ICMS 101/97.

As demais mercadorias que apresentam outros NCMs, como 8481.80.99, 4011.10.00, tiveram suas notas fiscais canceladas, e as de NCM 8443.99.33 foram objeto de recolhimento, conforme documentos anexados pelo autuado na mídia à fl. 47.

Vale frisar que o autuante, em sua informação fiscal, não contestou as notas fiscais que foram canceladas, nem as que o autuado informou ter efetuado o recolhimento.

Pelo que dispõe o art. 140 do RPAF/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico, se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Isto posto, considero desnecessário aprofundar a análise em relação aos demais argumentos defensivos, por entender que as operações de remessas abrangidas pela autuação não estão sujeitas ao pagamento do ICMS-Difal, pelo fato de se encontrarem amparadas pelo benefício fiscal previsto pelo Convênio ICMS nº 101/97, por terem sido objeto de recolhimento do imposto, ou por terem sido canceladas”.

Tal decisão foi mantida em sede de julgamento pela segunda instância, consoante Acórdão nº 007-11/22, da 1ª Câmara de Julgamento, donde se extrai do seguinte Voto:

“Quanto ao mérito da infração 01, a autuação entendeu tratar-se de falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo, referente às entradas de mercadorias não beneficiadas pela isenção prevista no Convênio ICMS 101/97.

A empresa autuada é uma Central Geradora de Energia Eólica, que para viabilizar o funcionamento de sua Central Geradora Eólica, adquire componentes e equipamentos, sendo que o precitado Convênio concede justamente isenção do ICMS nas operações com equipamentos e componentes para o aproveitamento das energias solar e eólica.

Ao contrário do que imputa a infração, vê-se dos documentos do próprio auto que os itens autuados, de NCMs 8502.31.00 (aerogeradores de energia eólica) e 7308.90.90 (partes e peças utilizadas em torres para suporte de energia eólica), em verdade, são beneficiários da isenção relativa ao Convênio ICMS nº 101/97 e que as demais mercadorias que apresentam outros NCMs, como 8481.80.99, 4011.10.00, tiveram suas notas fiscais canceladas, sendo que as de NCM 8443.99.33 foram objeto de recolhimento, conforme documentos anexados pelo autuado na mídia à fl. 47.

Deste modo, é irretocável a decisão de piso, tendo se baseado na legislação e documentação acostada, os quais demonstram o equívoco da autuação na lavratura do presente Auto de Infração, motivo pelo qual voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

De forma semelhante, também a 1ª CJF, voltou a decidir de forma idêntica, consoante se extrai através do Acórdão nº 0086-11/22-VD, envolvendo aos mesmos produtos consignados pela presente autuação:

“Assim analiso, inicialmente, a infração 01 que foi descrita pelos autuantes da forma seguinte:

Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

Tendo como complemento:

Referente às entradas de material de embalagem e acondicionamento – dispositivo de içamento, suporte da coroa do rotor, twist tock, dispositivo H de aço, adaptador transporte – com benefício da isenção previsto no Convênio ICMS nº 88/91, sem comprovação do efetivo retorno ao estabelecimento remetente, conforme demonstrativo Mussambe_Anexo_C/DifalEmbalagem, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte”.

Como apresentado na peça recursal da Recorrente, a mesma tem como atividade a Geração de Energia Eólica, setor que, pela significância na matriz energética do país, tem incentivos específicos, federais, estaduais e municipais.

No caso em lide tratamos de incentivos fiscais no âmbito estadual, consubstanciado no que foi acordado pelos Estados através o Convênio ICMS 88/91, do qual o Estado da Bahia é signatário.

É a Recorrente beneficiária de regime específico por exercer sua atividade por obtenção do mesmo em face de lhe haver sido outorgado o regime de Produção Independente de Energia Elétrica (PIE) pelo Ministério de Minas e Energia (MNE), vencedora que foi no Leilão nº 05/2013.

Para instalação das torres que propiciam a geração da energia que produz, adquire as mesmas em partes que, devido às suas gigantescas dimensões, requerem transporte especial e acomodação nas carretas, também especial, demandando embalagens específicas que retornam aos fornecedores por se tornarem inservíveis à Recorrente após o seu desmonte.

A autuação foi baseada no fato de o retorno destas peças ter sido efetuado sem a emissão de nota fiscal de devolução, prevista na legislação fiscal baiana o que, segundo a autuação configurou em infração passível de autuação, sendo destacado o determinado pelo RICMS/BAHIA em seu artigo 265, XXX, que assim estabelece:

Art. 265. São isentas do ICMS:

XXX – as saídas de vasilhames, recipientes e embalagens, inclusive sacaria (Conv. ICMS 88/91):

- a) quando não cobrados do destinatário ou não computados no valor das mercadorias que acondicionarem, e desde que devam retornar ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular;*
- b) em retorno ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular ou a depósito em seu nome, devendo o trânsito ser acobertado por via adicional da nota fiscal relativa à operação de que trata a alínea “a” deste inciso;*

O que determina o artigo acima anotado omitiu a complementação do estabelecido no Convênio ICMS 88/91, ao não implementar o definido na sua Cláusula Segunda, assim apresentada: Cláusula segunda. Na hipótese do inciso II da cláusula primeira, o trânsito será acobertado por via adicional da Nota Fiscal relativa à operação de que trata o inciso I ou pelo DANFE referente à Nota Fiscal Eletrônica de entrada referente ao retorno.

Foi confirmado pelo autuante e acatado pela Junta Julgadora em sua decisão, que ocorreu o retorno dos produtos objeto da autuação, por meio de nota fiscal de entrada emitida pelos remetentes dos mesmos, sob a alegação de que a Recorrente estaria obrigada a emitir documento fiscal específico para promover a devolução dos mesmos.

Desta forma, resta configurado o não cometimento de infração por parte da Recorrente no que concerne ao

que lhe foi imputado na infração 01, pelo que a considero Improcedente.”

Desta forma e considerando que os materiais citados nas planilhas de fls. 09 e 10 são idênticos aos constantes no voto acima transcrito, acolho os argumentos defensivos e julgo improcedente a infração 02.

Por fim, naquilo que se relaciona à infração 03, no valor de R\$ 96.650,99, que acusa *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Referente às aquisições de bens e/ou materiais destinados a uso e/ou consumo do estabelecimento não amparadas pelo benefício da isenção previsto no Convênio ICMS nº 101/97, NCM declarado nas Notas Fiscais em desacordo com a Legislação Tributária, conforme demonstrativo Barúna II Anexo A/Difal, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte”*, vejo que, mais uma vez, assiste razão ao autuado em seus argumentos.

Isto porque, as operações objeto da autuação envolve parte e peças para emprego nos aerogeradores de energia eólica, conforme pode ser constatado nas planilhas de fls. 17 a 27, da lavra dos autuantes.

Está consignado e exemplificado pelo autuado a ocorrência de operações de simples faturamento de vendas para entrega futura, observando que, por razões de logística, as remessas desses materiais são feitas de formas parciais, os quais, compõem o produto “aerogerador E-92”, que possui isenção do ICMS no item III, Cláusula primeira do Convênio ICMS nº 101/97, entretanto, foram consideradas pelos autuantes como se tratassem de operações tributadas, ao considerá-las de forma separada, a exemplo do item “suporte de rede”, classificado com NCM 85023100, enquanto que ao entendimento dos autuantes deveria ser classificado com a NCM 73269090, daí a exigência da difal.

De maneira que, apesar da discordância dos autuantes, que não fundamentarem objetivamente esta discordância, entendo que as operações abarcadas pela autuação abrangem, realmente, partes e peças que compõem os aerogeradores de energia eólica e que, por isso, integram a regra de isenção prevista pelo Convênio 101/97 e pelo artigo 264, XIX do RICMS/BA, razão pela qual descaba a exigência da Difal, sendo, destarte, improcedente a presente infração.

Em conclusão voto pela IMPROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração;

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279757.0083/20-4, lavrado contra **BARAÚNAS II ENERGÉTICA S/A**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento 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 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de maio de 2025.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR