

A. I. Nº - 269200.0223/06-0
AUTUADO - ENGUIA GEN BA LTDA.
AUTUANTE - JOÃO FLÁVIO MARQUES DE FARIA
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 26.12.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0412-02/06

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) BENS PARA INTEGRAR O ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. UTILIZAÇÃO DE BENEFÍCIO FISCAL SEM AMPARO NA LEGISLAÇÃO. O contribuinte utilizou o benefício extensivamente nas aquisições interestaduais de bens e equipamentos não utilizados na geração de energia elétrica. b) MATERIAIS DESTINADOS AO USO E/OU CONSUMO PELO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. É devido o pagamento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições em outros Estados de mercadorias para uso e consumo. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. A empresa deixou de recolher o imposto nos prazos regulamentares. Infração não impugnada. Rejeitados a preliminar de nulidade e o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão não unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 08/09/2006 exige imposto no valor de R\$ 649.864,41, pela constatação da ocorrência dos seguintes fatos:

1. falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo permanente do estabelecimento. Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 641.841,70 e aplicada a multa de 60%;
2. falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento, Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 4.624,15 e aplicada a multa de 60%;
3. falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Sendo cobrado imposto no valor de R\$ 3.398,56 e aplicada a multa de 50%.

O autuado, tempestivamente, insurgiu-se contra o lançamento de ofício, apresenta defesa administrativa, fls. 301 a 312.

Preliminarmente requer o reconhecimento do pagamento de R\$ 42.598,60, conforme guia de recolhimento acostadas aos autos, fl. 334, observando que o valor deve ser subtraído da planilha de cálculos do presente Auto de Infração, tendo em vista que os referidos bens não foram aplicados na atividade de geração de energia ou tiveram destinação distinta, acrescenta que a discriminação das exclusões procedidas está contida na “Planilha de Exclusão do Demonstrativo de Débito” anexada às fls. 313 à 318.

Observa que é, em parte, descabida a presente ação fiscal, tendo em vista que a fiscalização para apuração dos fatos não procedera análise alguma acerca da natureza da empresa, da sistemática de suas operações, bem como, dos aspectos tributários envolvidos.

Em relação ao mérito afirma que a autuação cinge-se ao “fato de que se os bens adquiridos para o ativo permanente são aplicados na geração de energia, amparados pelo benefício da isenção fiscal do ICMS (art. 27, II, “b” do RICMS-BA/97) ou se aplicados em linhas de transmissão e transformação de energia elétrica, hipótese em que incide o diferencial de alíquotas”.

Diz que, consoante esclarecimento e demonstração à autoridade fiscal por ocasião da fiscalização, dedica-se exclusivamente a geração de energia, não sendo responsável pela transmissão, de responsabilidade da CHESF. Acrescenta que, nem mesmo para viabilizar a conexão à sua usina geradora com a rede normal operada pela CHESF foram realizados quaisquer investimentos em equipamentos de transmissão.

Ressalta que é equivocada e imotivada a suposição da fiscalização de que a aquisição de transformadores geradores, cabos condutores e demais equipamentos são aplicados na transmissão de energia. Indaga o autuado, de que forma poderiam os geradores se conectar uns aos outros sem aplicação de cabos condutores?

Aduz que existem em sua planta de geração equipamentos que podem até ser considerados indispensáveis a conexão com a rede externa, citando como exemplo os transformadores elevadores responsáveis pela sincronização e paralelismo entre as tensões interna e externa. Entretanto, assegura que, mesmo sendo um equipamento indispensável à conexão com o sistema externo, não pode ser confundido como sendo utilizado na transmissão cuja responsabilidade e ônus são da CHESF.

Enfatiza que tanto é verdade que somente é produtora de energia que, sua obrigação para com o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS da Agência Reguladora do Sistema – ANEEL, passível de multa no caso de inadimplemento, restringe-se à geração. Pois, nesse conceito, se a energia for produzida e não puder ser transmitida, por um problema na linha de transmissão, não lhe cabe punição alguma.

Para demonstrar que sua atividade exclusiva é produção de energia o autuado apresenta diversos documentos cadastrais de órgãos federais, inclusive da Secretaria da Receita Federal – SRF do Ministério da Fazenda, onde constam neles consignados que sua atividade é geração ou produção de energia elétrica.

Invoca também o autuado o mandamento insculpido no art. 37 da Constituição Federal - CF para enfatizar a necessidade da aplicação, por parte da fiscalização, dos princípios basilares de direito administrativo. Assevera que o autuante inobservou o princípio da motivação pelo qual a autoridade administrativa está obrigada a apresentar as razões que a levaram a tomar uma decisão, o que não ocorreria no presente caso. Aduz que a fiscalização elegeu os bens utilizados na transmissão de energia sem a emissão de um laudo técnico que dê o mínimo de legalidade à interpretação, por isso, entende o autuado, com total inobservância ao art. 37 da CF.

Diz que a fiscalização entendeu no presente caso, por motivo de foro íntimo, que determinados bens e máquinas são utilizados para transmissão, mesmo que a empresa seja de geração e não de transmissão.

Redargúi ainda que a falta de motivação no ato discricionário abre a possibilidade de ocorrência de desvio ou abuso de poder, dada a dificuldade, ou mesmo a impossibilidade de efetivo controle judicial, pois pela motivação é possível aferir a verdadeira intenção do agente.

Com o objetivo de robustecer sua tese, discorre também acerca dos princípios da segurança jurídica, da finalidade e da legalidade, precipuamente esse último, sobre o qual se debruça com maior minudencia.

Assevera que o princípio da legalidade não deve ser entendido como um simples cumprimento formal das disposições legais, eis que, ele não coaduna com a mera aparência de legalidade, mas, ao contrário, requer atenção especial para o espírito da lei e para com a circunstância do caso concreto.

Arremata o autuado que considerando que a transmissão de energia já é tributada pelo ICMS, conforme norma constitucional, se depreende que, pela literalidade e finalidade da norma estadual, que o legislador ao incluir o incentivo fiscal para as empresas geradoras de energia elétrica, implicitamente incluiu as transmissoras, pela mesma finalidade e interesse público, pois caso contrário, o conjunto não funcionaria, ou seja, as geradoras investiriam em geração de energia, porém as transmissoras deixariam de aplicar na ampliação da rede, por ausência de incentivo.

Conclui requerendo o reconhecimento do recolhimento de R\$ 42.598,60, por ele já efetuado e, pelas razões aduzidas em sua defesa, a improcedência do Auto de Infração.

Ao proceder à informação fiscal, o autuante afirma que a defesa reconheceu integralmente a infração 03 e parte das infrações 01 e 02, efetuando recolhimento do ICMS no valor de R\$ 42.598,60.

Depois de discorrer sobre todos os aspectos apresentados na peça defensiva o autuante afirma que as alegações do autuado não procedem.

Assegura que o presente Auto de Infração, na parcela do débito apurado e não reconhecida pelo autuado, teve fundamento na denegação do reconhecimento do benefício fiscal à autuada (processo nº 37885/2002-6), previsto na alínea “b” do inciso II do art. 27 do RICMS-BA/97. Diz que o benefício fiscal em questão refere-se à isenção do pagamento de ICMS diferencial de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo permanente que integrassem a geração de energia elétrica, e foi negado aos bens adquiridos de outros estados destinados a integrar a atividade de transmissão/transformação de energia elétrica.

Afirma ainda o autuante que consoante parecer da SAT/DITRI/GECOT exarado no aludido processo, “as aquisições interestaduais de máquinas e equipamentos aplicados na atividade de transmissão/transformação de energia elétrica não são amparadas pelo benefício em questão, estando o contribuinte obrigado ao recolhimento do imposto referente à diferença de alíquotas relativas a tais aquisições, enquanto registramos que as aquisições interestaduais de máquinas e equipamentos aplicados na planta de geração efetivamente encontram amparo no benefício previsto no referido dispositivo regulamentar”.

Diz que a autuada inconformada com a decisão supra enunciada interpôs recurso voluntário, Processo nº 55017/2003-8, com o objetivo de obter o reconhecimento do aludido benefício fiscal referente às aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo fixo integrantes das atividades de transmissão/transformação da mesma, cuja resposta consta do Parecer DITRI nº 9261/2003, transcrito parcialmente na forma a seguir apresentada.

“Com efeito, esta administração Pública Tributária, cumprindo o que determina o dispositivo regulamentar supracitado, analisou, na ocasião, o pedido de reconhecimento do benefício fiscal e, da interpretação técnica dos motivos apresentados, ficou constatado “in loco”, que parte das aquisições dos equipamentos fora aplicado na transformação/transmissão e não na produção de energia elétrica, o que impossibilitou a fruição do benefício da isenção para estes equipamentos, haja vista que, em relação a estas aquisições, a condição prevista no inciso II, “b” do art. 27, do RICMS-BA/97, não havia sido preenchida.

[...]

De todo o exposto, e verificando nos autos do processo de Recurso Voluntário encaminhado a esta Diretoria de Tributação, conforme preceitua o art. 87, inciso II do RPAF, que contribuinte não apresentou fato novo que possa ensejar modificação no entendimento manifestado no Ato Declaratório exarado no processo de reconhecimento de isenção nº 37885/2002-6, só nos resta ratificar o teor do Parecer nº 8588/2003, que deferiu o benefício da isenção do diferencial de alíquotas apenas para os equipamentos aplicados na implantação ou ampliação da planta de produção, conforme preceitua o art. 27, inciso II, “b”, excluindo os equipamentos aplicados na atividade de transmissão/transformação de energia elétrica, por não fazerem parte dessa planta”.

Assevera o autuante que, com base na ratificação com base no entendimento em grau de recurso da denegação do benefício fiscal da isenção supra citada, foi realizada diligência por auditor fiscal da Secretaria da Fazenda visando atestar quais os equipamentos fazem parte da planta de geração e, portanto, estariam incluídos no benefício fiscal. Diz ter sido essa diligência efetuada pelo auditor fiscal Fernando Carneiro de Almeida Junior, “in loco”, e acompanhada por preposto do autuado, que apurou quais aquisições interestaduais de máquinas e equipamentos não estavam amparadas pelo benefício da isenção, tendo apurado, na ocasião, um débito de R\$ 521.524,13, fl. 27.

Aduz o autuante que, de acordo com as ocorrências acima esclarecidas, depreende-se que a questão já houvera sido amplamente debatida entre o Fisco e o autuado, tendo sido na via administrativa, exarado o entendimento de que não cabe o citado benefício com relação às aquisições interestaduais de bens destinados às atividades de transmissão/transformação de energia.

Diz que o Auto de Infração fora lavrado pelo fato do autuado, mesmo após ter tomado ciência da decisão, não tomara deliberação alguma para regularização do débito.

Afirma que não tem qualquer procedência a alegação do autuado de que não houvera diligência por parte da fiscalização com o objetivo de apurar as questões atinentes às atividades do contribuinte. E, nem tampouco, a fiscalização deixara de observar quaisquer dos princípios que regem a Administração Pública, vez que agiu nos limites da mais estrita legalidade.

Assevera ainda que é absurda a alegação defensiva de que houvera falta de motivação do ato administrativo praticado, eis que, ressalta que a atividade de lançamento, e porquanto, da lavratura do Auto de Infração, é plenamente vinculada, advindo sua execução de norma legal em consonância com a verificação material da ocorrência de fato gerador de obrigação tributária, o que fora claramente demonstrado pela fiscalização.

Por fim, conclui mantendo a autuação na parte do débito não reconhecida pelo autuado e requerendo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Mesmo apresentada de forma difusa na peça defensiva, deixo de acatar a preliminar de cerceamento do exercício da ampla defesa suscitada pelo autuado em face da suposta falta de motivação para o lançamento de ofício, ora em lide. Entendo que a lavratura do Auto de Infração tivera sua motivação claramente evidenciada, ante a transparente manifestação da DITRI, fls. 372 a 376, em parecer circunstanciado ao atender solicitação de reconhecimento de isenção do ICMS, e pleno conhecimento do autuado. Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Deixo de acatar o pedido de diligência apresentado pela defesa tendo em vista que, além de não terem sido explicitado e especificados os pontos a serem aclarados na solicitação do autuado, entendo os elementos constantes dos autos serem suficientes para a formação de meu convencimento sobre a matéria em questão.

Da análise dos autos, verifico que o cerne da questão em comento constitui em saber se é devido o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de bens destinados a uso e ao ativo permanente, não aplicados na geração de energia elétrica, objeto do lançamento de ofício, baseado que fora no entendimento sobre a matéria, manifestado no Parecer DITRI nº 9261/2003, infração 01. Eis que, a infração 03 não fora impugnada, tendo sido seu débito, integralmente recolhido, fls. 315, 318 e 334, e, a infração 02, apesar de seu débito parcialmente recolhido pelo autuado, também, não carrou aos autos contestação alguma.

A defesa impugna o lançamento relativo às infrações 01 e 02 aduzindo que sua planta industrial é destinada exclusivamente a geração de energia não atuando na transmissão da energia produzida e que a fiscalização interpretou imotivadamente que o autuado exerce a atividade econômica de transmissão de energia, já que entendera serem determinados bens e máquinas utilizados para a transmissão, mesmo sendo a empresa autuada apenas geradora de energia.

Em sua informação fiscal o autuante assevera que a ação fiscal fora motivada pela denegação, em grau de recurso, de solicitação do autuado para fruição do benefício da isenção da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais em suas aquisições de bens e equipamentos para uso e para integrar o seu ativo permanente em sua planta de geração de energia elétrica. Acrescenta que a ação fiscal fora antecedida de diligência “in loco” acompanhada por preposto do autuado para identificar quais as aquisições atendiam às exigências do dispositivo legal outorgante do benefício.

Depois de analisar as peças que integram os presentes autos, decorrente do contraditório instalado, constato que, apesar do autuado, sem dúvida alguma, exercer exclusivamente a atividade econômica de geração de energia elétrica, não está ele desobrigado dos encargos tributários inerentes à sua estreita ligação com a atividade de transmissão de energia, ou outras quaisquer atividades que sejam necessárias à consecução plena de sua produção industrial. Isto é, mesmo com a inegável imprescindibilidade da transmissão da energia gerada, sob pena de inviabilizar economicamente essa atividade, tem-se que considerar o alcance que o dispositivo legal regente da matéria expressamente determina.

Como se depreende claramente da leitura da alínea “b” do inciso II da art. 27 do RICMS-BA/97, a seguir transcrito, não tenho dúvida que o legislador distinguiu a atividade de produção como o fulcro do alcance do benefício que se pretendia conceder, pois, além de não permitir interpretação extensiva ao delimitar claramente “planta de produção”, condicionou sua fruição ao reconhecimento prévio da autoridade fazendária.

“Art. 27. São isentas do ICMS as operações ou movimentações de mercadorias, bens ou materiais:

[...]

II - nas entradas de bens e de materiais de consumo procedentes de outras unidades da Federação, relativamente ao pagamento da diferença de alíquotas, nas seguintes hipóteses:

[...]

b) de 02/12/94 até 30/04/03, aquisição de máquinas, aparelhos, equipamentos, implementos e bens destinados ao uso ou ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários, inclusive de empresas geradoras de energia elétrica, para serem empregados na implantação ou ampliação da planta de produção, devendo o benefício, contudo, ser reconhecido, caso a caso, por ato do Inspetor Fazendário do domicílio fiscal do contribuinte, em face de análise técnica dos motivos apresentados pelo interessado (Convs. ICMS 55/93, 96/94, 151/94, 102/96, 121/97, 23/98, 05/99 e 10/01);”

Outro aspecto assaz importante que vislumbro permear esta matéria é, sem dúvida, a interpretação do dispositivo legal que concede a isenção, ora em lide, eis que, o inciso II do art. 111 do Código Tributário Nacional – CTN, determina a supremacia da interpretação literal da legislação tributária :

“Art. 111 (Interpretação literal da legislação tributária) – Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

[...]

II – outorga de isenção;”

Como restou evidenciado nos autos serem todos os equipamentos, máquinas, aparelhos e implementos adquiridos pelo autuado, destinados estritamente à planta de produção, vez que se faz necessário sua integração com as etapas seguintes do processo, ou seja, transmissão e distribuição da energia elétrica produzida, entendo que as aquisições não destinadas especificamente na produção de energia elétrica não estão amparadas pelo benefício concedido através da alínea “b” do inciso II, do art. 27 o RICMS-BA/97.

Pelo acima exposto, concluo dos exames realizados que restou evidenciado o cometimento, por parte do autuado das infrações que lhe foram imputadas.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE – ITEM 1º

Acompanho o voto do nobre Relator quanto aos itens 2º e 3º deste Auto de Infração.

Entretanto, com todo respeito, não posso concordar com a conclusão do seu voto quanto ao item 1º.

O lançamento em discussão no item 1º deste Auto diz respeito à exigência do pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao Ativo Imobilizado do estabelecimento do autuado, por entender a fiscalização que determinados bens adquiridos para o Ativo Imobilizado do contribuinte em apreço não atenderiam aos requisitos do art. 27, II, “b”, do RICMS. O fiscal assinala que o benefício fiscal somente alcança as aquisições interestaduais de bens do Ativo Permanente para aplicação na planta de produção, para geração de energia elétrica – com o que concordo plenamente. Não concordo é com o que o fiscal deixou de dizer.

Com efeito, embora o fiscal não tenha dito na descrição constante no Auto, depreende-se que a autuação decorreu do fato de o autuante considerar que o contribuinte, além de gerar energia elétrica (tendo nesse caso direito ao benefício quanto aos bens adquiridos para emprego na geração de energia), também atuaria como distribuidora de energia elétrica (e em tal hipótese não teria direito ao benefício, pois, como foi salientado, a isenção diz respeito apenas aos bens adquiridos para emprego na geração de energia elétrica).

O procurador da empresa, na sustentação oral, pediu que se remetesse o processo em diligência, a fim de que fosse verificado se a empresa tem alguma receita decorrente de “distribuição de energia”, assegurando que, com tal diligência, ficaria provado que toda a receita da empresa é decorrente de “geração”, pois a empresa opera, exclusivamente, como geradora de energia. Foi alegado que, de acordo com o Manual de Contabilidade do Serviço Público de Energia Elétrica, a contabilidade das concessionárias e permissionárias de energia elétrica segue padrões rígidos, pois deve discriminar, separadamente, as receitas de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia.

Votei pelo deferimento da diligência. Fui voto vencido.

Passo então ao exame do mérito.

A previsão da isenção da diferença de alíquotas, no RICMS, na redação vigente à época dos fatos, é feita nestes termos:

“Art. 27. São *isentas* do ICMS as operações ou movimentações de mercadorias, bens ou materiais:

.....

II - nas entradas de *bens* e de *materiais de consumo* procedentes de outras unidades da Federação, relativamente ao pagamento da diferença de alíquotas, nas seguintes hipóteses:

.....

b) de 02/12/94 até 30/04/03, aquisição de máquinas, aparelhos, equipamentos, implementos e *bens destinados ao uso ou ativo imobilizado* de estabelecimentos industriais ou agropecuários, inclusive de *empresas geradoras de energia elétrica*, para serem empregados na *implantação ou ampliação da planta de produção*, devendo o benefício, contudo, ser reconhecido, caso a caso, por ato do Inspetor Fazendário do domicílio fiscal do contribuinte, em face de análise técnica dos motivos apresentados pelo interessado (Conv. ICMS 55/93, 96/94, 151/94, 102/96, 121/97, 23/98, 05/99 e 10/01);

.....

§ 5º A isenção de que trata a alínea “b” do inciso II se aplica inclusive às empresas geradoras de energia elétrica.” (Destaquei as expressões que interessam neste caso.)

Concentro-me na interpretação da alínea “b” do inciso II. Note-se que a isenção contempla as aquisições de *bens de uso* e de *bens do ativo imobilizado* feitas por estabelecimentos industriais,

por produtores e por geradores de energia, para serem empregados na *implantação* ou na *ampliação da planta de produção*.

Para bem interpretar esse dispositivo, vou comentar, separadamente, os três tipos de atividades abrangidos pelo benefício: estabelecimentos industriais, estabelecimentos agropecuários e estabelecimentos geradores de energia elétrica. Por exclusão, não fazem jus ao benefício os estabelecimentos que se dediquem a outros ramos de atividades, como, por exemplo, os que se dediquem à pesca, à aquicultura, à caça, à prestações de serviços, ao comércio (atacado, distribuição, varejo).

Começo então pelos estabelecimentos industriais. Uma indústria produz bens para vender, evidentemente. Porém, ao efetuar as vendas de seus produtos, ela não se torna, por isso, “comerciante”. Mesmo quando vende a sua produção, ela continua sendo um estabelecimento industrial. A coisa será diferente no caso de uma indústria que, além de vender os produtos por ela fabricados, também adquirir e revender ou distribuir produtos de outra empresa, pois, nesse caso, ela desempenhará duas atividades, podendo-se fazer, em tal hipótese, a distinção entre a atividade industrial e as atividades de comercialização ou distribuição.

Do mesmo modo, um estabelecimento agropecuário que, por exemplo, produza cereais ou crie bovinos, evidentemente produz ou cria para vender, e, ao vender os seus produtos, não se torna, por esse ato, “comerciante” – continua sendo um estabelecimento agropecuário. Somente seria comerciante se revendesse ou distribuisse mercadorias produzidas por terceiros.

Chego agora ao que interessa, o estabelecimento gerador de energia elétrica. Para atuar na área de energia, a empresa precisa obter prévia autorização do órgão ou agência reguladora competente. E para obter tal autorização precisa ser definido se atuará na geração, transmissão, distribuição ou comercialização de energia.

O autuado juntou à defesa a cópia do Ato Declaratório Executivo SRF nº 19/02, da Receita Federal, extraído do “site” da Receita Federal na internet, no qual é divulgada a relação de projetos de instalação de unidades geradoras de energia elétrica, autorizados pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Nessa relação, figura o nome do autuado (fls. 319/322).

Juntou também um extrato do Despacho nº 2.026/05 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), em que a Superintendente de Concessões e Autorizações de Geração da ANEEL especifica as empresas habilitadas a participar de Leilões de Energia Proveniente de Novos Empreendimentos, nos termos da legislação citada. Na relação, figura o nome do autuado (fls. 323/324). No final da relação, consta a data, seção, página, volume e número do Diário Oficial em que o despacho em apreço foi publicado.

Também foi anexada à defesa a cópia da Portaria nº 550/05 do Ministério de Estado de Minas e Energia, que cuida do cálculo das garantias físicas dos empreendimentos de geração. No anexo da referida portaria consta o nome do autuado como empresa geradora de energia elétrica (fls. 325/328).

Foi anexado, ainda, um extrato do Banco de Informações de Geração da ANEEL, onde consta o índice de capacidade de geração do autuado (fl. 329).

O autuado juntou extratos de comprovante de inscrição e de situação cadastral no CNPJ, nos quais consta que o seu estabelecimento está inscrito no segmento de “Produção de energia elétrica” (fls. 330/332).

Anexou também extrato de sua situação no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, provando que está inscrito neste Estado na atividade econômica de “Produção (geração) de energia elétrica – inclusive produção integrada” (fl. 333).

Fez juntada de cópia do contrato social, cuja cláusula terceira especifica o espectro das atividades que constituem o objeto da sociedade empresária: geração, transmissão, distribuição de energia elétrica, a prática de atos de comércio dessas atividades, consultoria e gerenciamento

de atividades de terceiros na geração de energia elétrica, e qualquer outra atividade correlata (fls. 335 e ss.).

Está provado, portanto, que a empresa atua, especificamente, como geradora de energia elétrica. De acordo com o seu contrato social, poderá, a qualquer tempo, diversificar suas atividades, fazendo outras coisas, porém a autorização obtida dos órgãos competentes, constantes nos autos, é, unicamente, para geração de energia elétrica.

Não sei de onde se tirou a idéia de que essa empresa pratica outras atividades. Note-se que o art. 27, II, “b”, do RICMS se refere à aquisição de máquinas, aparelhos, equipamentos, implementos e *bens destinados ao uso ou ativo imobilizado* de estabelecimentos industriais ou agropecuários, inclusive de *empresas geradoras de energia elétrica*, para serem empregados na *implantação ou ampliação da planta de produção*.

Ora, se o Regulamento diz que fazem jus ao benefício as *empresas geradoras de energia elétrica*, e se está provado que o autuado é – *única e exclusivamente* – uma empresa geradora de energia elétrica, qual a dúvida quanto ao seu direito ao benefício?

Entendo que essa empresa não poderia valer-se da isenção prevista no supracitado dispositivo regulamentar se algum dos bens adquiridos se destinasse a emprego em atividade diversa. Por exemplo, se ela atuasse, também, nos segmentos de transmissão, distribuição ou comercialização de energia elétrica, ou seja, se ela adquirisse energia elétrica produzida por terceiro e a revendesse, transmitisse ou distribuisse.

Ouvi referências, na exposição dos fatos e nos debates nesta sessão de julgamento, a respeito de certos bens que podem ser empregados na distribuição de energia, e por isso o fiscal considera que o autuado não tem direito à isenção. Ora, um bem pode ser concebido para emprego em diversas aplicações práticas, mas o que interessa é o seu uso efetivo. No caso do autuado, que é, unicamente, uma empresa geradora de energia elétrica, conforme consta nos autos, os bens só podem ser empregados na sua planta de produção ou geração.

Até mesmo em relação aos bens que sejam empregados para dar saída à energia elétrica para a CHESF ou para outro adquirente, seria um absurdo dizer-se que, no momento da venda da energia por ele produzida, o autuado estaria “distribuindo” energia.

Volto às considerações do início: um estabelecimento industrial ou agropecuário (que atue unicamente como estabelecimento industrial ou agropecuário) produz bens para quê? Para vender, evidentemente. Quando esse estabelecimento industrial ou agropecuário vende a sua produção, vira, por isso, estabelecimento “comercial” ou “distribuidor”? Claro que não. Pois bem, do mesmo modo, uma empresa geradora de energia elétrica produz a energia para quê, senão para vender? Será possível alguém supor que, no momento em que essa empresa geradora de energia venda a energia de sua própria produção estaria “distribuindo” energia?

Não vou perder tempo em detalhes sobre coisas tão óbvias. Poderia recorrer ao código nacional de atividades econômicas, mas considero que basta apelar para o bom senso. Afinal de contas, por qual razão o Estado daria incentivo para produzir energia, senão para que ela seja vendida? Não se perca de vista que a energia produzida num determinado momento, se não for consumida no exato instante em que é produzida, ela se perde, se dissipa. É com a venda que a produção de energia ganha importância econômica e social. O raciocínio do incentivo à produção pura e simples, desestimulando a venda da energia produzida, é ilógica e vai de encontro aos interesses capitais do fisco, que é a arrecadação de tributos, pois, se a empresa produz energia e não a vende, a energia se perde, e por conseguinte não há pagamento de imposto. Que sentido faria o Estado conceder incentivo à produção de energia “produzida só por produzir”, se tal energia não gerar nenhuma riqueza?

Essa idéia de considerar que uma geradora de energia elétrica, no momento em que vende a sua produção, assumiria, nesse ato, o papel de “distribuidora de energia”, não resiste a nenhuma consideração sobre a natureza real das coisas. De acordo com o Manual de Contabilidade do

Serviço Público de Energia Elétrica, as concessionárias e permissionárias de energia elétrica são obrigadas a proceder aos registros contábeis segregados por atividade de geração, transmissão, distribuição e comercialização. O mesmo Manual define o que seja geração, transmissão, etc. O conceito de geração ou produção de energia elétrica é este: “... consiste na transformação em energia elétrica de qualquer outra forma de energia, não importando sua origem, e as linhas e subestações do sistema de transmissão de conexão”. Por sua vez, a transmissão de energia é definida como uma “... atividade regulada, concedida por meio de um contrato de concessão e feita por linhas e subestações que integram a Rede Básica, bem como por outras instalações reguladas ou não, suportadas, normalmente, por contratos bilaterais de conexão”.

Desse modo, tendo em vista o rigor como deve ser feita a contabilização das operações das empresas de energia elétrica, que são supervisionadas por órgãos governamentais, considero que houve cerceamento de defesa ao ser indeferido, na preliminar, o pedido do representante da empresa, na sustentação oral, no sentido de que se remetesse o processo em diligência, a fim de que fosse verificado se a empresa tem alguma receita decorrente de “distribuição de energia”. Em face das normas constantes no Manual de Contabilidade do Serviço Público de Energia Elétrica, instituído pela Resolução Aneel nº 444/01, caso este processo fosse diligenciado, como pediu o representante da empresa, seria provado se ela porventura atua como distribuidora ou transmissora de energia elétrica, ou se é, como afirma o defensor, apenas geradora de energia (acessei o referido Manual no “site” da Aneel).

Para concluir, faço um raciocínio por analogia, tomando como referência o ramo farmacêutico, em que atuam três segmentos: o dos fabricantes (laboratórios), o dos distribuidores e o dos varejistas (farmácias e drogarias). No caso da energia elétrica, é preciso distinguir as figuras do gerador de energia e as do distribuidor e do transmissor de energia.

Suponha-se o caso de uma companhia distribuidora de energia que pretendesse adquirir bens para o seu ativo com isenção do imposto fundada no art. 27, II, “b”, do RICMS. Sem dúvida, essa distribuidora não faria jus ao benefício, pois, na condição de distribuidora de energia elétrica, sua atividade não é contemplada nos requisitos do dispositivo regulamentar em exame. Por outro lado, se, porventura, essa distribuidora fosse, ao mesmo tempo, também geradora de energia elétrica, cabia ao fisco apurar quais os bens do ativo adquiridos para emprego na geração e quais os bens adquiridos para emprego na distribuição de energia, de modo que somente os primeiros fariam jus à isenção.

Entretanto, no caso em exame, uma vez provado, e não contestado, que se trata de empresa que atua – única e exclusivamente – como geradora de energia elétrica, pois foi para isso que obteve autorização dos órgãos competentes e é para isso que está inscrita no cadastro estadual de contribuintes, todos os bens adquiridos para integrar a sua planta de produção, no período considerado, gozam de isenção do pagamento da chamada diferença de alíquotas, nos termos do art. 27, II, “b”, do RICMS.

O autuado reconheceu ser devida a diferença de alíquotas de alguns itens. O reconhecimento do autuado vale para aspectos de fato, não de direito. Interpretando o dispositivo regulamentar acima citado, concluo que o lançamento tributário é indevido por inteiro.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do item 1º deste Auto de Infração. Acompanho o voto do Relator quanto aos outros dois itens.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, considerar julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269200.0223/06-0**, lavrado contra **ENGUIA GEN BA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 649.864,41**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 646.465,85,

e 50% sobre R\$ 3.398,56, previstas, respectivamente, no art. 42, inciso II, alínea “f” e I, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE – ITEM 01