



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

SENTENÇA

Processo nº: **1003256-90.2018.8.26.0037**
Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Anulação de Débito Fiscal**
Requerente: **Vapor Energia Limpa Araraquara Ltda**
Requerido: **"Fazenda Pública do Estado de São Paulo"**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **João Baptista Galhardo Júnior**

Vistos.

Vapor Energia Limpa Araraquara Ltda, qualificado nos autos, ajuizou ação anulatória em face da **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**, postulando a anulação de débitos tributários de ICMS. Diz que seu objeto social é a produção e comercialização de energia de vapor produzido em caldeiras; serviços de montagem, desmontagem, manutenção e reforma de caldeiras, queimadores, geradores e afins, e possui um único contrato com a Cervejaria Kaiser Brasil S/A, cujo objetivo é fornecer-lhe vapor para ser empregado no desenvolvimento das operações da cervejaria. Para tanto, instalou equipamentos de caldeira e tubulação entre as duas empresas, sendo que a cervejaria lhe fornece água que é devolvida no estado gasoso, em um processo de geração de energia térmica. Essa produção ocorre por meio da combustão de biomassa, que se realiza no interior de uma caldeira. A energia térmica gerada aquece a água, transformando-a em vapor, que é transmitido à cervejaria por meio de uma tubulação. Diz que, ao fornecer energia térmica à cervejaria, emitiu notas fiscais de venda, destacando o ICMS correspondente, mas não pagou os mencionados débitos, conforme resposta à consulta tributária 2316, de 12/12/2013. Parte dos débitos ainda não foi inscrito em dívida ativa, mas há débitos que já estão sendo cobrados por meio de execuções fiscais. A autora entende que a operação acima descrita não se enquadra na hipótese de incidência do ICMS, pois (i) não há circulação de mercadorias, seja porque a energia térmica não se confunde com energia elétrica, seja porque não há alteração da titularidade do bem, pois a água em estado líquido é fornecida pela própria cervejaria; (ii) mesmo que assim não fosse, o processo representaria uma industrialização por encomenda, que ensejaria a incidência do ISS; (iii) em último caso, superados os itens anteriores, o ICMS teria que ser



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

diferido para a etapa subsequente da operação, na forma do artigo 402 do RICMS, ou seja, após o retorno dos produtos industrializados ao estabelecimento de origem, por este for promovida a saída do produto final (art. 1º, caput, da Portaria CAT 22/2007). Aponta ainda inconstitucionalidade dos juros da Lei nº 13.918/09, devendo ser afastados os juros do ICMS superiores ao que seria devido se empregada a taxa SELIC. Pediu tutela provisória para suspender a exigibilidade dos créditos tributários, e a procedência da ação para cancelar os débitos tratados. Com a inicial de fls. 01/21 apresentou os documentos de fls. 22/103.

A tutela provisória foi indeferida (fl. 104), tendo o autor interposto agravo de instrumento (fls. 114/128).

Citada, a parte requerida apresentou a resposta de fls. 151/172, sustentando que os títulos executivos preenchem os requisitos de liquidez e certeza. Aduz ausência de interesse do autor para desconstituir o crédito tributário, porque requereu e teve deferido o parcelamento administrativo das dívidas, oportunidade em que confessou expressamente os débitos. Além disso, os débitos impugnados foram apurados e declarados pelo próprio contribuinte, que não os liquidou. A incidência do ICMS seria indiscutível, cujos fundamentos jurídicos estaria delineados na resposta à consulta tributária fornecida pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo nº 2316/2013, que entende aplicável as regras de industrialização por conta e ordem de terceiro, previstas nos artigos 402 e seguintes do RICMS e na Portaria CAT 22/2007. Rejeitou o pedido para diferimento do imposto e defendeu os juros aplicados com fundamento na Lei 13.918/09. Juntou documentos (fls. 173/186).

Réplica às fls. 192/200.

As partes não se interessaram pela produção de outras provas.

É o Relatório.

Fundamento e Decido.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

Julgo antecipadamente o feito, autorizado pelo artigo 355, I, do Código de Processo Civil e porque a partes não postularam a dilação probatória.

De fato, reputo despicienda a prova proposta pelo autor (fls. 215/217) para fundamentar a distinção entre a operação de energia térmica e de energia elétrica, cujos conceitos são notoriamente conhecidos.

Também não há controvérsia quanto às etapas do processo de industrialização, ou seja, de que a água utilizada na geração da energia térmica é fornecida pela empresa contratante (Kaiser Cervejaria).

Rejeito a preliminar atinente à falta de interesse de agir. Neste aspecto, reformulando entendimento anterior, pontuo que o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o parcelamento não obsta a discussão dos débitos tributários.

De fato, restou consignado no Recurso Especial nº 1.133.027/RS:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, § 1º, DO CPC). AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO COM BASE EM DECLARAÇÃO EMITIDA COM ERRO DE FATO NOTICIADO AO FISCO E NÃO CORRIGIDO. VÍCIO QUE MACULA A POSTERIOR CONFISSÃO DE DÉBITOS PARA EFEITO DE PARCELAMENTO. POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL.

Reconheceu-se, neste Julgado, que:

1. A confissão de dívida pelo contribuinte é condição imprescindível para fins de obtenção do parcelamento de débitos tributários, tendo força vinculante em relação à situação de fato sobre a qual incide a norma tributária, por isso que somente se admite a sua invalidação quando presente defeito causador de nulidade do ato jurídico. (Precedentes: REsp 947.233/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 10/08/2009; REsp 1074186/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 09/12/2009; REsp 948.094/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/09/2007, DJ 04/10/2007 ; REsp 1065940/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/09/2008, DJe 06/10/2008).

2. Ao revés, é possível o questionamento judicial no tocante à relação jurídico-tributária, como, por exemplo, a legitimidade da norma instituidora do tributo. Isso porque a obrigação tributária exsurge da imponibilidade da norma jurídico-tributária, vale dizer, não tem natureza contratual, mas ex lege.

É exatamente esta a situação dos autos, pois, como dito, a questão central diz respeito à natureza da operação realizada pela autora, pois, segundo ela, tal não se enquadra na hipótese de incidência do ICMS, pois (i) não há circulação de mercadorias, seja porque a energia térmica não se confunde com energia elétrica, seja porque não há alteração da titularidade do bem, pois a água em estado líquido é fornecida pela própria cervejaria; (ii) mesmo que assim não fosse, o processo representaria uma industrialização por encomenda, que ensejaria a incidência do ISS; (iii) em último caso, superados os itens anteriores, o ICMS teria que ser diferido para a etapa subsequente da operação, na forma do artigo 402 do RICMS, ou seja, após o retorno dos produtos industrializados ao estabelecimento de origem, por este for promovida a saída do produto final (art. 1º, caput, da Portaria CAT 22/2007).

Não há controvérsia acerca da situação fática, ou seja, quanto às etapas do procedimento de transformação da água em vapor d'água, cingindo-se a divergência tão somente quanto à natureza jurídica desta operação e seus reflexos na ordem jurídico-tributária, daí ser possível seu questionamento mesmo com a adesão ao parcelamento e confissão da dívida pelo contribuinte.

O contrato de fls. 33/53, entabulado entre a contratante Cervejarias Kaiser Brasil S.A e a empresa autora tem como objeto o fornecimento de vapor gerado a partir da queima da biomassa.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

Segundo consta, a empresa contratante se responsabiliza pelo fornecimento da água, que circula por tubulações entre as duas empresas, enquanto a empresa contratada a devolve, também por dutos internos, na forma de vapor.

A consulta tributária nº 2316/2013, de 12 de dezembro de 2013, da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 101/103), concluiu que:

ICMS Geração de energia térmica (vapor d'água) a partir de água fornecida por terceiro - Industrialização, na modalidade transformação - Operação sujeita à incidência do ICMS - Caracterização da energia como mercadoria - Aplicabilidade da disciplina relativa à industrialização por conta e ordem de terceiro, prevista nos artigos 402 e seguintes do RICMS/2000 e na Portaria CAT-22/2007, quando cabível.

I A geração de energia térmica (vapor d'água) a partir de água fornecida por terceiro configura industrialização, na modalidade transformação, com fundamento no artigo 4º, I, a, do RICMS/2000.

II - A energia caracteriza-se como mercadoria, de modo que a sua saída encontra-se no campo de incidência do ICMS.

III - Como a água, principal matéria-prima do processo descrito, é fornecida por terceiro, e os estabelecimentos encomendante e industrializador encontram-se localizados neste Estado, aplicam-se as regras de industrialização por conta e ordem de terceiro previstas nos artigos 402 e seguintes do RICMS/2000 e na Portaria CAT-22/2007, no que forem cabíveis.

Sem desconhecer a controvérsia em torno da equiparação da energia térmica à energia elétrica, tenho que o I. Parecer não se sustenta.

A industrialização é conceituada pela legislação como qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoe para consumo, nas modalidades, transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento ou reacondicionamento e renovação ou recondicionamento. Tais conceitos constam nos arts. 4º, I do Decreto nº 45.490/2000



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

(Regulamento do ICMS/SP).

O artigo 402 do RICMS/2000 dispõe que:

*O lançamento do imposto incidente na saída de mercadoria com destino a outro estabelecimento ou a trabalhador autônomo ou avulso que prestar serviço pessoal, num e noutro caso, para industrialização, observado o disposto nos artigos 409 e 410, fica suspenso, devendo ser efetivado no momento em que, após o retorno dos produtos industrializados ao estabelecimento de origem, autor da encomenda, **por este for promovida a subsequente saída dos mesmos produtos** (Lei 6.374/89, arts. 8º, XVIII, e § 10, na redação da Lei 9.176/95, art. 1º, I e 59 e Convênio AE-15/74, com a alteração dos Convênios ICM-35/82 e ICMS-34/90) (grifei).*

Percebe-se, assim, inexistir substrato lógico e jurídico para se caracterizar a operação mencionada como circulação de mercadorias, pois o produto obtido com a industrialização (vapor d'água) não segue adiante na cadeia produtiva, sendo completamente consumido na própria empresa contratante.

A Portaria CAT nº 22/2007 (*Concede regime especial à remessa de mercadoria para industrialização, em relação ao imposto incidente sobre a parcela correspondente aos serviços prestados*) prevê, no artigo 1º:

*"Art. 1º Na saída de mercadoria com destino a outro estabelecimento ou a trabalhador autônomo ou avulso que prestar serviço pessoal, num e noutro caso, para industrialização, conforme previsto no artigo 402 do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, aprovado pelo Decreto nº 45.490, de 30 de novembro de 2000, quando o estabelecimento autor da encomenda e o industrializador se localizarem neste Estado, o **lançamento do ICMS** incidente sobre a parcela relativa aos serviços prestados fica **diferido** para o momento em que, após o retorno dos produtos industrializados ao **estabelecimento de origem, por este for promovida sua subsequente saída**".*

Não há, deste modo, guarida à pretensão do Fisco Estadual quando pretende a equiparação do processo produtivo em tela ao artigo 402 do RICMS para imposição do tributo, eis que a hipótese não se amolda ao descritivo legal.

Em suma: inexistindo circulação de mercadoria, vez que o produto é



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

fornecido pela contratante e depois consumido por ela em sua cadeia de produção, não há falar em hipótese de incidência de ICMS.

Prejudicadas as demais teses lançadas pelo autor.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a ação proposta por **Vapor Energia Limpa Araraquara Ltda** contra a Fazenda do Estado de São Paulo para declarar a inexigibilidade dos débitos de ICMS sobre a operação de geração de vapor descrita no contrato de fornecimento de fls. 33/53, débitos estes consubstanciados nas certidões de dívida ativa indicadas às fls. 93.

Sem embargo da decisão proferida no Agravo, diante da nova situação processual, concedo a tutela provisória requerida na inicial para suspender a exigibilidade dos créditos tributários, vez que há risco de cobrança dos tributos ora declarados inexigíveis. **Oficie-se, às expensas do autor.**

Ante o acolhimento do pedido principal, deixo de analisar o pleito relativo aos juros aplicados no acordo, dado seu caráter acessório, e também porque há informação de que ocorreu o rompimento do parcelamento pelo autor.

Condeno o requerido no pagamento das custas e despesas processuais e em honorários advocatícios de 8% (oito por cento) do valor corrigido da causa (CPC, art. 85, § 3º, II).

Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Araraquara, 17 de agosto de 2018.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**