

REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO



149

REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO

ISSN 1413-7097

149

Diretor da Revista
Valdir de Oliveira Rocha

Diretores da Editora Dialética
Lidia Lobello de Oliveira Rocha
Valdir de Oliveira Rocha
Denise Lobello de Oliveira Rocha
Trevisan

Projeto Gráfico inicial de *Escrituras*
Editora, com alterações procedidas por
Mars e Dialética

Capa (fundo)
Detalhe da obra
"100% Azul ou Quase",
de Marola Omartem

Ilustrações de faces dos autores
Fátima Lodo Andrade da Silva

Fotolito da Capa
Duble Express

Impressão
Gráfica Palas Athena

(FEVEREIRO - 2008)



Sara Goldman-Belz
é a autora da obra reproduzida
em destaque na capa desta edição.

Na página inicial do site
www.dialetica.com.br
canto superior, esquerdo, pode-se
realizar BUSCA que possivelmente
facilitará muito a localização de textos
sobre assuntos de seu interesse.

A Editora mantém em estoque os
exemplares anteriores da
Revista Dialética de Direito Tributário.
Complete sua coleção.

Os acórdãos estampados na íntegra
correspondem às cópias obtidas nas
Secretarias dos Tribunais ou se originam
de publicações oficiais de seus julgados.
Tiragem superior a 3.000 exemplares.
Distribuição em todo o País.

Os conceitos emitidos nos textos são
de responsabilidade de seus autores.



Uma publicação mensal de
Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.
Rua Sena Madureira, 34
CEP 04021-000 - São Paulo - SP
e-mail: atendimento@dialetica.com.br
Fone/fax (0xx11) 5084-4544
www.dialetica.com.br

SUMÁRIO

Doutrina

Aroldo Gomes de Mattos - ICMS - operações e prestações tributadas legalmente como perdidas - estorno do incidido sobre a margem acrescida ou agregada

1. Considerações preliminares. 2. O princípio constitucional da capacidade contributiva no Sistema Tributário Nacional. 3. A apuração e a cobrança do ICMS devido. 4. A aplicação analógica ou extensiva da legislação do imposto sobre a renda e da contribuição social sobre o lucro. 5. O estorno do ICMS incidente sobre o valor acrescido ou agregado nas operações de vendas "canceladas" e nas "inadimplidas" taxadas legalmente como "perdidas". 6. Conclusão.

7

Leandro Paulsen e Andrei Pitten Velloso - Controle das contribuições interventivas e sociais pela sua base econômica: a descurada especificação do seu objeto pela EC 33/01 e os seus reflexos tributários

Introdução. 1. A materialidade possível das contribuições interventivas e sociais gerais no regime da EC 33/01. 2. A não-recepção e a inconstitucionalidade das contribuições que desbordam das materialidades constitucionalmente admitidas. Conclusões.

16

Marcelo Fróes Del Fiorentino - O Simples nacional e as indevidas restrições às não-cumulatividades tributárias aplicáveis ao IPI e ao ICMS

I - Introdução. II - Da existência de diferentes não-cumulatividades tributárias. III. Da compatibilização do art. 23 da Lei Complementar nº 123/06 em relação à não-cumulatividade tributária aplicável ao PIS e à Cofins. IV. A ilegal restrição ao princípio constitucional da não-cumulatividade tributária aplicável ao IPI perpetrada pelo art. 23 da LC nº 123/06. V. A ilegal restrição ao princípio constitucional da não-cumulatividade tributária aplicável ao ICMS perpetrada pelo art. 23 da LC nº 123/06. VI. Conclusão.

27

Nelson Monteiro Neto - Julgamentos, discrepância e modo como obter tratamento igual no campo tributário

1. Exposição do problema. 2. Pronunciamentos judiciais sob exame. 3. Reviravolta jurisprudencial e possíveis atitudes da parte interessada. 4. Que se entende por "jurisdição". 5. Em que consiste o "Direito". 6. Aplicabilidade da regra do art. 471, nº I, do Código de Processo Civil. 7. Considerações finais.

36

Osnildo de Souza Junior - O crédito tributário na recuperação judicial de empresas: um caso de irracionalidade a ser superado

1. Introdução. 2. Sobre a racionalidade das normas. 3. Princípios legais e constitucionais que norteiam a Lei de Recuperação Judicial. 4. Tratamento legal do crédito tributário no âmbito da recuperação judicial. 5. Sobre a exclusão do crédito tributário na recuperação judicial. 6. Exigência de certidão negativa de débitos para a concessão da recuperação judicial - irracionalidade. 7. Conclusões.

44

Rafael Santiago Costa - Não-incidência de ICMS - substituição tributária sobre operações de venda direta de veículos automotores a consumidor final

1. Considerações iniciais. 2. Das operações de venda direta de veículos automotores ao consumidor final. 3. Das operações de venda direta via Internet. 4. Da tributação determinada pela Constituição para as operações de venda direta. 5. Do Convênio ICMS nº 51/00. 6. Do julgamento do REsp nº 806.101. 7. Das conclusões.

55

Ricardo Lodi Ribeiro - Os conceitos indeterminados no Direito Tributário

1) Conceitos indeterminados e discricionariedade. 2) Reserva legal tributária e os conceitos indeterminados. 3) Os limites à atribuição normativa ao regulamento tributário.

63

PARECER

ICMS. Não-cumulatividade. Direito ao Crédito Relativo à Aquisição de Óleo Diesel para a Geração de Energia Elétrica em Usina Termelétrica. Restrição ao Crédito somente é Admissível em face de Isenção ou Não-incidência. CF/88, art. 155, parágrafo 2º, II, “a”, e XII, “g”

Hugo de Brito Machado
Hugo de Brito Machado Segundo

- A Empresa “E” tem direito ao crédito integral do ICMS incidente sobre a operação com óleo diesel por ela adquirido e utilizado na geração de energia elétrica, ainda que parte do respectivo preço tenha sido pago ao fornecedor diretamente pela Eletrobrás, com recursos da CCC por ela geridos.

- O ICMS incidente sobre a operação com o óleo diesel é devido e integralmente pago ao Estado de XXXX, de sorte que não admitir o crédito respectivo implica flagrante violência ao princípio da não-cumulatividade do referido imposto. Embora parte do pagamento da mercadoria adquirida (óleo diesel) seja efetuada por terceiro (Eletrobrás), a Empresa “E” tem direito ao crédito integral do ICMS incidente na operação.

- O Estado do XXXX não pode considerar como não cobrado o ICMS incidente sobre o óleo diesel adquirido nessas circunstâncias, aplicando à hipótese o disposto no parágrafo único do art. 24, da Lei Estadual nº 7.098/98, porque esse dispositivo legal diz respeito apenas a “subsídio, incentivo ou benefício de natureza fiscal, financeira ou creditícia, concedido em desacordo com o que dispõe o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da Constituição Federal”. Ele evidentemente não se aplica a qualquer outra situação, não relacionada com o ICMS e nem criada por concessão de qualquer dos Estados ou do Distrito Federal, ainda que envolvendo subsídio.

Consulta

Consulta-nos a Empresa “E”, pessoa jurídica de Direito Privado com sede no Estado de XXXX, por intermédio de seus ilustres advogados, expondo para afinal perguntar-nos o seguinte:

“A Consulente é empresa que tem por objeto social explorar sistemas de geração, transmissão, transformação e distribuição de energia elétrica e serviços correlatos.



Hugo de Brito Machado

é Professor Titular de Direito Tributário da UFC.



Hugo de Brito Machado Segundo
é Professor de Direito e Processo Tributário da Universidade de Fortaleza (Unifor).

No Estado do XXXX, a Empresa 'E' é responsável pela geração e pelo fornecimento de energia produzida em usinas termelétricas, que utilizam óleo diesel em seu processo de geração.

Assim sendo, a Empresa 'E' adquire óleo diesel com incidência do ICMS, que é recolhido pelo respectivo fornecedor para o Estado do XXXX, conforme art. 155, parágrafo 4º, inc. I, da Constituição Federal, utilizando esse combustível na geração da energia elétrica fornecida a seus clientes, sobre a qual também incide o ICMS, recolhido para o mesmo Estado do XXXX.

Em razão do princípio da não-cumulatividade previsto no art. 155, parágrafo 2º, inc. I, da Constituição Federal, a Empresa 'E' compensa o ICMS devido em suas operações de fornecimento de energia com o ICMS cobrado nas anteriores operações de compra de óleo diesel.

Por força da legislação federal que regula o setor energético, parte do custo com a aquisição do óleo diesel incorrido pela Empresa 'E' é arcado por recursos que compõem a chamada Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis (CCC), gerenciada pela Eletrobrás. Tais recursos provêm de todas as concessionárias distribuidoras de energia, que contribuem para a CCC de acordo com critérios de rateio fixados pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).

No caso da Empresa 'E', os recursos da CCC são utilizados no pagamento de parte do preço do óleo diesel por ela adquirido, o que é feito diretamente pela Eletrobrás (gestora dos recursos da CCC) para o respectivo fornecedor do combustível.

Diante dessa situação, e tendo em vista que a Empresa 'E' foi questionada pelo Estado do XXXX quanto ao seu direito ao crédito do ICMS incidente na aquisição do óleo diesel utilizado em suas atividades, solicitamos o parecer de V. Sa. a respeito do assunto, apresentando-lhe para tanto os seguintes quesitos:

1 - A Empresa "E" tem direito ao crédito integral do ICMS incidente sobre a aquisição do óleo diesel utilizado na sua geração de energia elétrica, ainda que parte do respectivo preço tenha sido paga ao fornecedor diretamente pela Eletrobrás, com recursos da CCC por ela geridos?

2 - O Estado do XXXX pode considerar como não cobrado o ICMS incidente sobre o óleo diesel adquirido nessas circunstâncias, aplicando à hipótese o disposto no parágrafo único do art. 24, da Lei Estadual nº 7.098/98?"

Examinamos a documentação que nos foi ofertada pela Consultante, revisitamos a legislação pertinente e passamos a emitir o nosso

Parecer

1. Princípio da Não-cumulatividade na Constituição Federal de 1988

O art. 155 da vigente Constituição Federal atribui aos Estados e ao Distrito Federal competência para instituir o Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestações de Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.¹

Por expressa disposição constitucional, contida no parágrafo 2º, inc. I, o imposto acima referido está submetido ao princípio da não-cumulatividade, segundo o qual deve ser compensado o ICMS devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante do imposto cobrado nas operações ou prestações anteriores, pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. Para efeito do dispositivo em tela,² deve-se ter por "cobrado" o imposto incidente ou devido na operação anterior.

A não-cumulatividade efetiva-se no momento da apuração do valor do imposto a ser pago. As entradas de mercadorias e os recebimentos de serviços tributados, de um lado, a ensejarem *crédito*. De outro, as saídas de mercadorias e as prestações de serviços tributadas a ensejarem *débito*. Toma-se então o total dos débitos, e dos créditos, em determinado período, subtraindo-se um do outro. O saldo devedor é o valor do imposto a ser pago naquele período. Havendo saldo credor, será este transferido para o período seguinte. Opera-se a

¹ Constituição Federal de 1988, art. 155, inciso II.

² Art. 155, parágrafo 2º: "I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante *cobrado* nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal."

compensação entre os créditos e os débitos, recolhendo-se o saldo devedor, quando for o caso, ou transferindo-se para o período seguinte o saldo credor que porventura existir.

Evidentemente não se trata de compensação no sentido de forma de extinção de obrigações, porque a rigor não se tem, antes da apuração periódica, um débito.

As palavras devem ser entendidas no contexto em que se encartam. Não existem palavras unísonas. Todas as palavras têm mais de um significado, e o fato de haver a linguagem jurídica utilizado determinada palavra com um certo significado não impede que o legislador a empregue em outro, desde que o contexto viabilize a compreensão exata deste outro significado. A palavra *prescrição*, por exemplo, tem sido utilizada na linguagem jurídica com significados inteiramente diversos.

No tema em exame, são empregadas as palavras *débito*, *crédito* e *compensação*, com sentido diverso daquele em que as mesmas são usadas em outros setores do Direito, mas existe tal analogia que se pode considerar tal uso plenamente justificado.

O princípio da não-cumulatividade realmente não cria para o contribuinte um direito de crédito contra o Fisco. O denominado *crédito* do ICMS é apenas um elemento a considerar no cálculo do imposto a ser pago. Da mesma forma, a saída das mercadorias não cria, por si mesma, um débito do contribuinte. Só depois de apurado o imposto se pode falar realmente em *crédito tributário*, crédito do Fisco, que é, este sim, um *débito* do contribuinte.

Nos termos da Constituição Federal vigente, a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação, não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes, e acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores.³ Por expressa disposição constitucional, portanto, a isenção ou a não-incidência autorizam a vedação à tomada do crédito relativo à operação anterior.

2. Sentido e Alcance da Norma Restritiva

2.1. O ICMS e a denominada “guerra fiscal”

Em seu parágrafo 2º, inciso XII, alínea “g”, do art. 155, a Constituição Federal diz que cabe à Lei Complementar “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”.

Encontra fundamento de validade neste dispositivo constitucional a Lei Complementar nº 24/75, segundo a qual as isenções do ICMS serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal.

Ela também dispõe que a concessão de isenções sem observância do disposto nela acarreta a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria (art. 8º, inc. I).

Na esteira desses dispositivos, foi editado o art. 24, parágrafo único, da Lei Estadual de XXXX nº 7.098/98, que estabelece:

“Art. 24. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este ou por outro Estado.

Parágrafo único. Não será considerado cobrado o imposto, ainda que destacado no documento fiscal, quando a correspondente operação ou prestação tenha sido contemplada com subsídio, incentivo ou benefício de natureza fiscal, financeira ou creditícia, concedido em desacordo com o que dispõe o artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da Constituição Federal.”

A restrição ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, imposta pela regra do parágrafo único, do art. 24, da Lei nº 7.098/98, acima transcrita, diz respeito apenas ao subsídio,

³ Constituição Federal de 1988, art. 155, parágrafo 2º, inciso II, alíneas “a” e “b”.

incentivo ou benefício de natureza fiscal, financeira ou creditícia, concedido em desacordo com o que dispõe o art. 155, parágrafo 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal.

Estes dispositivos constitucionais e legais visam a evitar a denominada “guerra fiscal”, que vem sendo praticada desde antes da instituição do antigo Imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICM, e com a sistemática da não-cumulatividade, a este inerente, o problema agravou-se consideravelmente. Ocorre que os Estados continuam a praticar a guerra fiscal, agora em forma mais sofisticada. Já não concedem isenção do ICMS, posto que esta termina por não ser um incentivo capaz de atrair empreendimentos industriais, exatamente em face da restrição imposta ao direito do adquirente dos produtos ao crédito correspondente,⁴ o que equivale à elevação dos preços respectivos. Assim, alguns Estados passaram a conceder às indústrias atraídas para os seus territórios incentivos financeiros, financiamentos para o pagamento do ICMS, que na prática equivalem à isenção desse imposto, ensejando o surgimento, na legislação de outros Estados, de dispositivos como o parágrafo único, do art. 24, da Lei nº 7.098/98, do Estado do XXXX.

Esse dispositivo da legislação estadual, todavia, diz respeito exclusivamente a incentivos inerentes ao ICMS, concedidos por Estados ou pelo Distrito Federal como instrumento da denominada “guerra fiscal.” Nada mais significa do que uma forma de reação, ou de defesa, de alguns Estados, contra práticas talvez abusivas de outros, que direta ou indiretamente implicam exoneração do ICMS como forma de atrair empresas para os seus territórios. As restrições estabelecidas nesses dispositivos legais, portanto, estão claramente submetidas a limites objetivo e subjetivo. Limites concernentes ao conteúdo, à matéria de que tratam, e aos sujeitos aos quais se dirigem, como a seguir será explicado.

2.2. Limites objetivo e subjetivo

Como facilmente se vê, a regra albergada pelo art. 24, parágrafo único, da Lei nº 7.098/98, do Estado de XXXX, e por qualquer outro dispositivo legal que trate do mesmo assunto, há de ser interpretada sempre com atenção para a matéria de que se ocupa, vale dizer, *incentivo ou benefício de natureza fiscal, financeira ou creditícia, concedido em desacordo com o que dispõe o art. 155, parágrafo 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal*. É um limite objetivo, vale dizer, um limite consubstanciado no objeto do qual a regra jurídica se ocupa.

Por outro lado, a referência expressa ao art. 155, parágrafo 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal, deixa claro que aquela regra tem também um limite subjetivo, vale dizer, um limite que diz respeito aos que podem ser por ela atingidos, a saber, os Estados e o Distrito Federal, que são titulares da competência para legislar a respeito do ICMS.

Esses limites objetivo e subjetivo são indissociáveis e se completam como diretrizes para qualquer jurista que pretenda conhecer e expressar, com seriedade, o sentido e o alcance da regra jurídica de que se cuida. E estão postos, com clareza solar, no próprio Regulamento do ICMS do Estado do XXXX, que estabelece:

“Art. 56. Mediante ato da autoridade competente da Secretaria da Fazenda, poderá ser vedado o lançamento do crédito, ainda que destacado em documento fiscal, quando, em desacordo com a legislação a que estiverem sujeitos todos os Estados e o Distrito Federal, for concedido por qualquer deles benefício de que resulte exoneração ou devolução do tributo, total ou parcial, direta ou indiretamente, condicionada ou incondicionada.”

Como se vê, o “benefício” que enseja a restrição ao crédito de ICMS, quer tenha ele o nome de isenção, incentivo, vantagem, ou subsídio, é somente aquele do qual resulte *exo-*

⁴ Referimo-nos à restrição constante do art. 155, parágrafo 2º, inc. II, da CF/88, segundo a qual a isenção não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes, assim como acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores.

neração ou devolução do tributo (ICMS). E somente aquele que tenha sido concedido por um Estado, ou pelo Distrito Federal, que são titulares da competência para legislar a respeito do imposto em questão, e ao exercitarem essa competência, no que diz respeito a isenções e outras formas de benefícios fiscais subordinam-se às deliberações do Confaz.

3. Situação Concreta da Consulente

Os custos da produção da energia elétrica são diferentes. A energia produzida em usina termoeleétrica é mais cara. Tem custo bem mais elevado do que a energia produzida em usina hidroelétrica. Por isto, e para que essa diferença de custos não repercuta na tarifa da energia fornecida ao usuário final, a legislação federal impõe o recolhimento de parte do valor da tarifa cobrada dos usuários em geral, para a Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis, conhecida pela sigla CCC. E os fundos dessa conta são utilizados para o custeio de parte do óleo diesel adquirido pelas empresas que se ocupam da produção de energia em usinas termoeletricas, que suportam o custo desse combustível apenas no que seja equivalente ao custo da produção de energia hidroelétrica.

Em face dessa política, efetivamente a consulente não paga todo o óleo diesel que utiliza como combustível. Paga apenas o que equivalente ao custo de produção hidroelétrica. A diferença é paga pela Eletrobrás, com recursos recolhidos da tarifa paga pelos usuários de energia elétrica em geral.

Cuida-se de procedimento relativo a política tarifária que nada, absolutamente nada tem a ver com o ICMS, nem implica isenção ou redução dos valores devidos e pagos pelos contribuintes desse imposto.

Pelo contrário, o imposto incidente sobre a operação com óleo diesel incide normalmente e, inclusive, é integralmente recolhido, no caso concreto, ao Estado do XXXX, por conta do disposto no art. 155, parágrafo 4º, inc. I, da Constituição Federal de 1988.

4. Da Situação Concreta em Confronto com as Regras Constitucionais Pertinentes ao Tema

Resta-nos verificar sobre a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais e legais aludidos nos tópicos 1 e 2 acima, diante do quadro fático e jurídico apresentado no tópico 3.

Pois bem, como foi visto quanto aos limites objetivo e subjetivo do art. 155, parágrafo 2º, XII, alínea "g", da Constituição Federal, bem assim do art. 24, parágrafo único, da Lei Estadual nº 7.098/98, a aplicabilidade destas normas fica circunscrita a que haja a concessão de alguma isenção, incentivo ou benefício relativo ao ICMS, por algum Estado ou pelo Distrito Federal.

Conforme dispõem esses dispositivos, um Estado qualquer somente está autorizado a conceder um benefício fiscal relativo ao ICMS quando mencionada concessão tiver sido previamente aprovada mediante a celebração de convênio. Não tendo sido a concessão aprovada dentro dos moldes do que determina a Lei Complementar nº 24/75, será nulo o ato que concedeu o benefício, assim como o Estado destinatário da mercadoria estará autorizado a considerar como ineficaz o crédito de ICMS atribuído ao estabelecimento que a receber (art. 8º, inc. I, da Lei Complementar nº 24/75).

No caso concreto, a consulente adquire óleo diesel para, com ele, produzir energia termoeletrica. Na operação, nenhuma isenção, incentivo ou benefício relativo ao ICMS é concedido, por nenhum Estado. O ICMS incidente é integralmente recolhido para o Estado do XXXX, o qual é o competente para arrecadá-lo, por força do disposto no art. 155, parágrafo 4º, inc. I, da Constituição Federal. Inclusive, há que se ressaltar que, devido a essa circunstância, o Estado do XXXX é o único que, eventualmente, poderia conceder alguma isenção, incentivo ou benefício relativamente ao ICMS incidente nas operações com óleo diesel consumido pela Consulente em seu território, mas não o faz.

Assim, tendo em vista que o Estado do XXXX não concede nenhuma isenção, benefício ou incentivo fiscal relativo ao ICMS incidente nas operações com óleo diesel (nem mesmo qualquer outro Estado ou o Distrito Federal), não são aplicáveis o art. 155, § 2º, XII, alínea “g”, da Constituição Federal, e o art. 24, parágrafo único, da Lei Estadual nº 7.098/98, porque o caso concreto está fora dos limites objetivo e subjetivo destes dispositivos.

O que ocorre no caso concreto é que tão-somente parte do pagamento do óleo diesel adquirido pela consulente é pago pela Eletrobrás, com recursos oriundos da CCC.

Esses pagamentos feitos pela Eletrobrás não configuram *subsídio*, eis que os valores pagos por ela não derivam dos cofres públicos, mas das contas pagas pelos consumidores de energia elétrica.

Mesmo se atribuindo à palavra subsídio um significado mais amplo, de sorte a considerar-se como tal os valores pagos pela Eletrobrás na aquisição do óleo diesel pela Consulente, certo é que esse suposto subsídio em nada se refere ao ICMS.

Ademais, como salientado exaustivamente, o ICMS incidente na aquisição do óleo diesel é sempre pago integralmente ao próprio Estado do XXXX, não havendo, assim, como se possa admitir a não-utilização do crédito correspondente. O fato de um terceiro pagar parte dele não retira o direito do adquirente do óleo de se creditar do ICMS que efetivamente incidiu e foi recolhido sobre essa operação. Para efeito do princípio constitucional da não-cumulatividade, basta que o imposto tenha sido “cobrado” na operação anterior, isto é, que ele tenha incidido, sendo irrelevante quem tenha pago pelas mercadorias adquiridas pelo contribuinte-adquirente.

Assim sendo, não há que se falar em qualquer tipo de vedação aos créditos de ICMS originários da aquisição de óleo diesel, sob pena de restar ferido o princípio da não-cumulatividade, previsto no art. 155, parágrafo 2º, inc. I, da Constituição.

5. Respostas às Questões Formuladas

Em face das razões aqui expostas, respondemos, em síntese, as questões que nos foram formuladas, assim:

1ª) A Empresa “E” tem direito ao crédito integral do ICMS incidente sobre a aquisição do óleo diesel utilizado na sua geração de energia elétrica, ainda que parte do respectivo preço tenha sido paga ao fornecedor diretamente pela Eletrobrás, com recursos da CCC por ela geridos?

Sim, sem nenhuma dúvida. Entre as diversas razões formuladas neste parecer para justificar tal resposta, destacamos o fato de que nessas aquisições os pagamentos feitos pela Eletrobrás não têm nenhuma relação com o ICMS, que é devido e integralmente pago ao Estado do XXXX, de sorte que não admitir o crédito respectivo implica flagrante violência ao princípio da não-cumulatividade do referido imposto.

2ª) O Estado do XXXX pode considerar como não cobrado o ICMS incidente sobre o óleo diesel adquirido nessas circunstâncias, aplicando à hipótese o disposto no parágrafo único do art. 24, da Lei Estadual nº 7.098/98?

Não. O parágrafo único, do art. 24, da Lei nº 7.098/98, do Estado do XXXX, diz respeito apenas a “subsídio, incentivo ou benefício de natureza fiscal, financeira ou creditícia, concedido em desacordo com o que dispõe o artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal”. Isto quer dizer que não se aplica a qualquer outra situação, ainda que envolvendo subsídio, que não esteja relacionada com o ICMS, especialmente quando não decorrente de concessão feita pelos Estados ou pelo Distrito Federal.