

# **O JUDICIÁRIO E A CARGA TRIBUTÁRIA NO SETOR ELÉTRICO**

**ISABEL LUSTOSA**

Agosto de 2007

## **Tópicos da Apresentação**

- Questões tributárias já decididas pelo Judiciário
- Questões tributárias pendentes de apreciação pelo Judiciário

## Questões tributárias já decididas pelo Judiciário

- Superior Tribunal de Justiça (STJ)
  - Não incidência de ICMS sobre a demanda contratada de potência
  - Inexistência de crédito de IPI sobre energia adquirida por industrial
  - Não incidência de ITCMD sobre doação de linha de distribuição
- Supremo Tribunal Federal (STF)
  - Incidência de PIS/COFINS sobre operações com energia elétrica
  - Inexistência de crédito de ICMS sobre energia adquirida por PJ comercial
  - ICMS em operações interestaduais – cobrança pelo estado de destino
  - ICMS – inclusão do imposto na sua base de cálculo (“cálculo por dentro”)
  - Inconstitucionalidade de Taxa de Iluminação Pública (TIP)
  - Compensação financeira pelo uso de recursos hídricos (constitucional)

## Questões tributárias pendentes de decisão pelo Judiciário

- Incidência de ICMS sobre perdas técnicas e comerciais
- Incidência de ICMS sobre subvenção da subclasse residencial “baixa renda”
- Incidência de ICMS sobre a TUSD e a TUST
- Incidência de ICMS na autoprodução de energia elétrica
- Incidência de PIS e COFINS sobre valores inadimplidos

## QUESTÕES TRIBUTÁRIAS DECIDIDAS PELO STJ

### Incidência de ICMS sobre a demanda contratada de potência

“(…)

3. Consoante entendimento desta Corte Superior, não se admite, para efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contratada - apura-se o ICMS sobre o quantum contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo -, uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida.

4. O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

5. O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.

6. A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.”

(AgRg no Ag 871.022)

## QUESTÕES TRIBUTÁRIAS DECIDIDAS PELO STJ

### **Inexistência de crédito de IPI sobre energia adquirida por industrial**

“TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITOS ESCRITURAIS. AQUISIÇÃO DE INSUMOS ISENTOS OU TRIBUTADOS À ALÍQUOTA ZERO. PRESCRIÇÃO. ENERGIA ELÉTRICA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. (...)”

...

2. Ambas as Turmas da Primeira Seção sedimentaram entendimento no sentido de que a energia elétrica não pode ser considerada insumo para fins de creditamento do IPI.”  
(RESP 677.445)

## QUESTÕES TRIBUTÁRIAS DECIDIDAS PELO STJ

### **Não incidência de ITCMD sobre doação de linha de distribuição**

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DOAÇÃO. ITCD. NEGÓCIO JURÍDICO DE DOAÇÃO NÃO-CARACTERIZADO.

1. Não há configuração de doação no ato que incorpora ao ativo imobilizado das empresas concessionárias de energia elétrica, por força de lei, as linhas de distribuição que foram constituídas com ônus para os consumidores rurais.
2. Inexistência de lei tributando esse negócio jurídico tipicamente administrativo.
3. Homenagem ao princípio da legalidade tributária.
4. Recurso da empresa concessionária provido.”  
(RESP 754.717)

## QUESTÕES TRIBUTÁRIAS DECIDIDAS PELO STF

### **Inexistência de crédito de ICMS sobre energia adquirida por PJ comercial**

“TRIBUTÁRIO. PRETENDIDO CRÉDITO RELATIVO AO ICMS INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL.

Descabimento. "Não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes, a entrada de bens destinados a consumo ou à integração no ativo fixo do estabelecimento" (art. 31, II, do Convênio ICMS 66/88).

Se não há saída do bem, ainda que na qualidade de componente de produto industrializado, não há falar-se em cumulatividade tributária. Recurso não conhecido.”  
(RE 200.168)

## QUESTÕES TRIBUTÁRIAS DECIDIDAS PELO STF

### **Incidência de PIS/COFINS sobre operações com energia elétrica**

“IMUNIDADE - COFINS E PASEP - ENERGIA ELÉTRICA. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reservas, a imunidade prevista no § 3º do artigo 155 da Constituição Federal não alcança a COFINS e o PASEP. Precedentes: Recursos Extraordinários nºs 205.355-7/DF, 230.337-4/RN e 233.807-4/RN, relatados pelo Ministro Carlos Velloso, no Plenário.”  
(RE 227.789)

## QUESTÕES TRIBUTÁRIAS DECIDIDAS PELO STF

### **ICMS – Inclusão do imposto na própria base de cálculo**

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. ICMS. BASE DE CÁLCULO "PARA DENTRO". CONSTITUCIONALIDADE. A Suprema Corte já firmou o entendimento de que é constitucional a base de cálculo do ICMS corresponder ao valor a operação somado ao próprio tributo. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(Ag Reg no AI 413.753)

## QUESTÕES TRIBUTÁRIAS DECIDIDAS PELO STF

### ICMS em operações interestaduais – Possibilidade de cobrança do imposto pelo Estado de destino

“TRIBUTÁRIO. ICMS. LUBRIFICANTES E COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS E GASOSOS, DERIVADOS DO PETRÓLEO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. IMUNIDADE DO ART. 155, § 2º, X, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Benefício fiscal que não foi instituído em prol do consumidor, mas do Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo. Conseqüente descabimento das teses da imunidade e da inconstitucionalidade dos textos legais, com que a empresa consumidora dos produtos em causa pretendeu obviar, no caso, a exigência tributária do Estado de São Paulo. Recurso conhecido, mas desprovido.”  
(RE 198.088)

Obs: a alínea “b” trata de *“operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica”*

## QUESTÕES TRIBUTÁRIAS DECIDIDAS PELO STF

### Taxa de Iluminação Pública (TIP) – Inconstitucionalidade

“TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DE NITERÓI. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ARTS. 176 E 179 DA LEI MUNICIPAL Nº 480, DE 24.11.83, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 1.244, DE 20.12.93. Tributo de exação inviável, posto ter por fato gerador serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte, a ser custeado por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais. Recurso não conhecido, com declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos sob epígrafe, que instituíram a taxa no município.”  
(RE 233.332)

## QUESTÕES TRIBUTÁRIAS DECIDIDAS PELO JUDICIÁRIO

### Compensação financeira pela utilização de recursos hídricos e minerais – Constitucionalidade

“Bens da União (recursos minerais e potenciais hídricos de energia elétrica): participação dos entes federados no produto ou compensação financeira por sua exploração (CF, art. 20, e § 1º): natureza jurídica: constitucionalidade da legislação de regência (L. 7.990/89, arts. 1º e 6º e L. 8.001/90).

1. O tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da participação nos resultados ou da compensação financeira previstas no art. 20, § 1º, CF, que configuram receita patrimonial.

2. A obrigação instituída na L. 7.990/89, sob o título de "compensação financeira pela exploração de recursos minerais" (CFEM) não corresponde ao modelo constitucional respectivo, que não comportaria, como tal, a sua incidência sobre o faturamento da empresa; não obstante, é constitucional, por amoldar-se à alternativa de "participação no produto da exploração" dos aludidos recursos minerais, igualmente prevista no art. 20, § 1º, da Constituição.”

(RE 228.800)

# **QUESTÕES TRIBUTÁRIAS PENDENTES DE APRECIÇÃO PELO JUDICIÁRIO**

## QUESTÕES TRIBUTÁRIAS PENTENDES DE DECISÃO JUDICIAL

### Incidência de ICMS sobre perdas técnicas e comerciais

- Perdas Técnicas: ocorridas nos fios (transmissão e distribuição) e equipamentos.
- Perdas Comerciais: ocasionadas por fraudes (“gato”) ou defeitos em medidores.
- Questões:
  - a) decidir se cobrança ofende o conceito constitucional da expressão “circulação de mercadorias” (art. 155, II, da CF/88);
  - b) dedidir se a cobrança o ofende art. 13 da LC 87/96 (Lei Kandir) que dispõe que a base de cálculo do ICMS é o “valor da operação”.

## QUESTÕES TRIBUTÁRIAS PENTENDES DE DECISÃO JUDICIAL

### ICMS sobre a subvenção da subclasse residencial “baixa renda”

Lei nº 10.606, art. 5º: “Fica autorizada a concessão de subvenção econômica com a finalidade de contribuir para a modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica aos consumidores finais integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda a que se refere a Lei no 10.438, de 2002, com efeito a partir da data de sua publicação.”

Questão: saber se a cobrança de ICMS pelos Estados ofende o art. 13 da LC 87/96 que dispõe que a base de cálculo do ICMS é o “valor da operação”.

A ANEEL entende que não há incidência de ICMS, e que a subvenção é uma espécie de indenização (nota informativa de junho de 2004).

## QUESTÕES TRIBUTÁRIAS PENTENDES DE DECISÃO JUDICIAL

### **Incidência de ICMS sobre a TUST e a TUSD**

Convênios CONFAZ 117/04 e 59/05: atribuem ao consumidor livre a responsabilidade pelo pagamento do ICMS devido pela conexão e uso do sistema de transmissão, e à distribuidora a obrigação pelo recolhimento do ICMS sobre o valor da TUSD.

Questão: saber se a cobrança de ICMS pelos Estados, em razão do uso dos sistemas de transmissão e de distribuição ofende o conceito constitucional da expressão “circulação de mercadorias” (art. 155, II, da CF/88).

## QUESTÕES TRIBUTÁRIAS PENTENDES DE DECISÃO JUDICIAL

### **Incidência de ICMS na autoprodução de energia elétrica**

Questão: saber se a cobrança de ICMS pelos Estados ofende o conceito constitucional da expressão “circulação de mercadorias” (art. 155, II, da CF/88).

## QUESTÕES TRIBUTÁRIAS PENTENDES DE DECISÃO JUDICIAL

### **Incidência de PIS e COFINS sobre valores inadimplidos**

Questão: saber se os valores inadimplidos devem ser tratados como receita pelas distribuidoras (em razão do histórico de inadimplência) e se a cobrança de PIS e COFINS sobre tais valores ofende o princípio da capacidade contributiva.

**ISABEL LUSTOSA**

**Ulhôa Canto, Rezende e Guerra Advogados**

**Ilustosa@ulhoacanto.com.br**

**Tel.: 11 3066-3066**