

JULGAMENTOS DO STF E IMPACTOS NO SETOR ELÉTRICO



LEONARDO AGUIRRA DE ANDRADE

Sócio do Andrade Maia Advogados

Coordenador do Comitê Tributário – ABCE

AGENDA

Impactos, no setor elétrico, dos seguintes temas:

- **Tema 1093 da Repercussão Geral**

Necessidade de edição de lei complementar para disciplinar a cobrança do Diferencial de Alíquota de ICMS – DIFAL nas operações interestaduais envolvendo consumidores finais não contribuintes do imposto, nos termos da Emenda Constitucional nº 87/2015.

- **Tema 1113 da Repercussão Geral**

Inclusão do valor da subvenção econômica da Lei 10.604/2002 na base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica.

- **Tema 745 da Repercussão Geral**

Alcance do art. 155, § 2º, III, da Constituição federal, que prevê a aplicação do princípio da seletividade ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS.

- **Tema 705 da Repercussão Geral**

Possibilidade de compensação do ICMS incidente sobre a prestação de serviço de comunicação em relação à qual houve inadimplência absoluta do usuário.

TEMA 1093 DA REPERCUSSÃO GERAL

(RE 1.287.019)

✓ **Status do julgamento no STF:** Finalizado (em 24.02.2021; aguarda-se o julgamento dos embargos de declaração)

✓ **Tese fixada:**

“A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais.”

✓ **Argumentos do contribuinte que foram acolhidos pelo STF:**

Convênio interestadual não pode suprir a ausência de lei complementar;

Os “elementos básicos” do tributo devem ser previstos por lei complementar, não podendo ser disciplinados por convênio.

✓ **Impactos para o setor elétrico:**

Possibilidade de discutir, perante o Poder Judiciário, a inconstitucionalidade da exigência do Difal incidente nas operações de aquisição de bens destinadas ao ativo imobilizado e para o uso e consumo das empresas, com fundamento nos seguintes argumentos:

1) A regulamentação do Difal nessa hipótese foi feita pelo Convênio nº 66/88, o que contraria o entendimento do STF;

2) Não existe, atualmente, disposição em lei complementar – e em nenhum dispositivo da Lei Kandir – a respeito do DIFAL na aquisição de ativo imobilizado e ao uso e consumo.

TEMA 1113 DA REPERCUSSÃO GERAL

(RE 990.115)

✓ **Status do julgamento no STF:** Não iniciado.

✓ **Tese discutida:**

“Inclusão do valor da subvenção econômica da Lei 10.604/2002 na base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica”

✓ **Fundamentos utilizados pelo STJ, que julgou a tese de forma desfavorável aos contribuintes (REsp 1.286.705/SP):**

O imposto estadual incide sobre o valor **total da operação**, segundo os arts. 12, XII, e 13, VII e § 1º, da Lei Complementar n. 87/96, e a subvenção econômica faz parte do preço final da mercadoria, não havendo razão para não incluir a subvenção na base de cálculo do referido imposto;

Se não é permitido aos entes federativos estranhos à relação interferirem na execução do contrato entre Poder Concedente e concessionárias, por outro, não é permitido ao Poder Concedente interferir na relação tributária entre outro ente federativo e seus contribuintes;

Exigir a redução da base de cálculo do imposto estadual, no caso, é implementar isenção heterônoma em hipótese não permitida pela Constituição Federal.

*Em que pese o julgamento ter ocorrido no STJ, foi levantado pelo Min. Herman Benjamin o argumento de que “a União não pode conceder isenção de ICMS” e que em observância ao princípio federativo, os tributos estaduais não podem ter interferência da União (art. 151, III da CF/88).

TEMA 1113 DA REPERCUSSÃO GERAL

(RE 990.115)

✓ **Argumentos apresentados pelo contribuinte no RE 990.115:**

A subvenção econômica possui natureza indenizatória, pois cuida-se de valores destinados a recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, e, portanto, não há incidência de ICMS;

A subvenção econômica instituída como instrumento de política pública tem por objetivo a modicidade tarifária, e não pode ser equiparada à operação de circulação de mercadoria (violação do art. 155, II e § 3º da CF/88).

✓ **Argumentos apresentados pelo Estado de São Paulo no RE 990.115:**

A base de cálculo do ICMS corresponde ao valor total da operação, inclusive computando-se os descontos concedidos sob condição.

✓ **Impactos para o setor elétrico:**

Possibilidade de discutir, perante o Poder Judiciário, a inconstitucionalidade da inclusão dos valores da subvenção prevista no art. 5º da Lei 10.604/2002, na base de cálculo do ICMS, com fundamento nos seguintes argumentos:

- 1) A subvenção econômica possui natureza indenizatória e não pode ser equiparada à circulação de mercadoria;
- 2) O Estado não poderia cobrar tributo sobre um benefício concedido pela União;
- 3) Não há fato gerador do ICMS se não há a contraprestação pelo contratante (no caso, o consumidor de baixa renda).

TEMA 745 DA REPERCUSSÃO GERAL

(RE 714.139)

- ✓ **Status do julgamento no STF:** Em andamento.

Atualmente há 4 votos favoráveis aos contribuintes e 1 voto desfavorável;

O julgamento foi suspenso por um pedido de vistas do Min. Gilmar Mendes.

- ✓ **Tese discutida:**

Alcance do art. 155, § 2º, III, da Constituição federal, que prevê a aplicação do princípio da seletividade ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS.

- ✓ **Impactos para o setor elétrico:**

- 1) Alto custo operacional para dar tratamentos individualizados aos contribuintes que ajuizaram as suas ações individuais e obtiveram decisão favorável;
- 2) Necessidade de observância e cumprimento das decisões judiciais que determinam a alteração na alíquota do ICMS;
- 3) Após o julgamento e a uniformização da jurisprudência, há a expectativa de que estes custos diminuam?
- 4) Há impactos na modicidade da tarifa?

TEMA 705 DA REPERCUSSÃO GERAL

(RE 1.003.758)

✓ **Status do julgamento no STF:** Finalizado (em 17.05.2021; no dia 28/06 foram rejeitados os embargos de declaração)

✓ **Tese fixada:**

“A inadimplência do usuário não afasta a incidência ou a exigibilidade do ICMS sobre serviços de telecomunicações.”

✓ **Fundamentos utilizados pelo STF:**

“a inadimplência do consumidor final não obsta a ocorrência do fato gerador do tributo, por se tratar de evento posterior e alheio ao fato gerador do imposto”

“uma vez prestado o serviço ao consumidor, de forma onerosa, incidirá necessariamente o imposto, independentemente de a empresa ter efetivamente auferido receita com a prestação do serviço.”

“O que efetivamente pretende a recorrente é (...) repassar ao Erário os riscos próprios de sua atividade econômica”

✓ **Impactos para o setor elétrico:**

Com o julgamento do tema envolvendo as empresas de telecomunicação, fica classificada como “remota” a chance de êxito para a discussão da mesma tese pelas empresas do setor elétrico.

CONCLUSÃO

- ✓ Há espaço para que empresas do setor elétrico levem ao Poder Judiciário a discussão referente às seguintes teses:
 - 1) Inconstitucionalidade do Difal exigido nas operações de aquisição de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado e ao uso e consumo; e
 - 2) Exclusão do valor da subvenção econômica da Lei 10.604/2002 da base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica.
- ✓ É importante promover o ajuizamento de ações judiciais antes do julgamento das teses pelo STF, considerando a possibilidade de modulação de efeitos de eventual decisão favorável aos contribuintes.

OBRIGADO!

am

leonardo.andrade@andrademaia.com

am