ABRACONEE
Associação Brasileira dos Contadores do Setor de Energia Elétrica

Uma visão atual dos Impactos Tributários das Perdas de Energia

Alberto Henrique e Milton Menezes

Novembro de 2015

ABRACONEE
Associação Brasileira dos Contadores do Setor de Energia Elétrica

ICMS

SUMÁRIO

- Definição de Perdas Técnicas e Não Técnicas (comerciais)
- ICMS sobre energia - Fundamentos Constitucionais e legais
- Breve histórico das discussões
- Posições Doutrinárias
- Julgamento do Recurso Especial nº. 1.306.356-PA pelo STJ

DEFINIÇÕES

Perdas Técnicas

- **“a) perdas técnicas: constituem a quantidade de energia elétrica dissipada entre os suprimentos de energia da distribuidora e os pontos de entrega nas instalações das unidades consumidoras ou distribuidoras supridas. Essa perda é decorrente das leis da Física de podem ser de origem térmica, dielétrica ou magnética;”**

Nota Técnica n° 0035/2007-SRD/ANEEL

DEFINIÇÕES

Perdas Não Técnicas (Comerciais)

- **“b) perdas não técnicas: apurada pela diferença entre as perdas totais e as perdas técnicas, considerando, portanto, todas as demais perdas associadas à distribuição de energia elétrica, tais como furtos de energia, erros de medição, etc. Essas perdas estão diretamente associadas à gestão comercial da distribuidora.”**

Nota Técnica n° 0035/2007-SRD/ANEEL

ICMS SOBRE ENERGIA

Principio do Destino

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

X - não incidirá:

b) <u>sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica</u>;”

Art. 155, § 2º, X, “b”, da CF/88

ICMS SOBRE ENERGIA

Principio do Destino

“Art. 3º O imposto não incide sobre:

III - operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização;”

Art. 3º, III, da LC 87/96

ICMS SOBRE ENERGIA

Valor da Operação Final

"§ 9º Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação."

Art. 34, § 9º, ADCT, da CF/88

ICMS SOBRE ENERGIA

Valor da Operação Final

"Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

§ 1º A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:

I - ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subsequentes;

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo <u>seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final</u>, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

§ 2º Nas operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente na operação será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente."

Art. 9º, da LC 87/96

BREVE HISTÓRICO DAS DISCUSSÕES

A saída pela perda como fato gerador do ICMS

- As perdas já foram incluídas na tarifa;
- Imposto não incide sobre a saída física, mas sobre o negócio jurídico;
- Quando identificada a perda é faturada e tributada pelo ICMS;
- Neutralidade dos impostos indiretos;
- Não há operação de natureza econômica

A saída pela perda como quebra do diferimento

- Não incidência sobre as etapas anteriores ao efetivo consumo da energia;
- Inexistência de dever do substituto para trás em caso de perda.

POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

Não incidência nas etapas anteriores ao consumo

- Hipótese de Incidência é o consumo regular da energia elétrica;
- Base de cálculo é apenas o preço da energia efetivamente consumida. Preço praticado na operação final (art. 34, § 9º, do ADCT);
- Repercussão legal obrigatória sobre o consumidor;
- Historicamente a incidência dos impostos sobre energia elétrica sempre ocorreu sobre o consumo;
- Nosso sistema tributário adotou o consumo como elemento temporal da hipótese de incidência do ICMS sobre energia em razão de suas características.

POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

Não incidência nas etapas anteriores ao consumo

"Estamos com isso querendo significar que, nas etapas anteriores ao consumo de energia elétrica, deixa de ocorrer o fato imponível do ICMS, não acarretando, portanto, qualquer dever de pagar o tributo. Melhor explicitando, a distribuidora, na hipótese ora., considerada não tem porque recolher, ainda que na condição de substituta tributária, o ICMS da fornecedora de energia elétrica: como visto, esta exação só e devida quando a mercadoria chega regularmente ao consumidor final.

Assim, não e técnico falar em diferimento do ICMS, quando a energia elétrica circula da empresa geradora para a distribuidora. O que há, nesta etapa preparatória ao fornecimento da mercadoria ao consumidor final é uma mera situação de não incidência."

CARRAZA, Roque Antonio. ICMS. Ed. Malheiros. São Paulo. 2009. 13ª Ed. Pág. 272

POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

Inexistência de dever do substituto para trás em caso de perda

- Há múltiplas incidências do ICMS ao longo da Cadeia;
- Diferimento é verdadeira substituição para trás;
- Necessidade da tradição para configuração do fato gerador do ICMS;
- Se não há recebimento, não há fato gerador, nem imposto exigível;
- Não há como repassar o custo do tributo ferindo a não cumulatividade.

POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

Inexistência de dever do substituto para trás em caso de perda

“em nossa opinião, o instituto subjacente ao diferimento no caso da energia elétrica é a substituição tributária para trás, e não a isenção pontual.

…é que a isenção aniquila os créditos do alienante e não gera créditos a serem compensados pelo adquirente; já o substituto tributário como que se põe no lugar do substituído, devendo pagar o seu débito, mas tendo também o direito de aproveitar os créditos…”

Parecer de Sacha Calmon Navarro Coelho

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº. 1.306.356-PA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. FURTO ANTES DA ENTREGA A CONSUMIDOR FINAL. NÃO INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE COBRAR O IMPOSTO COM BASE NA OPERAÇÃO ANTERIOR REALIZADA ENTRE A PRODUTORA E A DISTRIBUIDORA DE ENERGIA.

1. Resume-se a controvérsia em definir se a energia furtada antes da entrega a consumidor final pode ser objeto de incidência do ICMS, tomando por base de cálculo o valor da última operação realizada entre a empresa produtora e a que distribui e comercializa a eletricidade.

2. Conforme posição doutrinária e jurisprudencial uniforme, o consumo é o elemento temporal da obrigação tributária do ICMS incidente sobre energia elétrica, sendo o aspecto espacial, por dedução lógica, o local onde consumida a energia.

3. A produção e a distribuição de energia elétrica, portanto, não configuram, isoladamente, fato gerador do ICMS, que somente se aperfeiçoa com o consumo da energia gerada e transmitida.

4. Assim, embora as fases anteriores ao consumo (geração e distribuição) influam na determinação da base de cálculo da energia, como determinam os arts. 34, § 9º, do ADCT e 9º da LC 87/96, não configuram hipótese isolada e autônoma de incidência do ICMS, de modo que, furtada a energia antes da entrega a consumidor final, não ocorre o fato gerador do imposto, sendo impossível sua cobrança com base no valor da operação anterior, vale dizer, daquela realizada entre a empresa produtora e a distribuidora de energia.

5. O ICMS deixa de ser devido nos casos em que se perde por "vazamentos no sistema ou em decorrência de ilícito (furto), pois não havendo consumo regular, ausente se acha a operação de energia elétrica sob o aspecto jurídico tributário.

6. Recurso especial não provido;

ABRACONEE
Associação Brasileira dos Contadores do Setor de Energia Elétrica

OBRIGADO!