

Opinião: O Judiciário e as disputas tributárias de energia elétrica

Não é novidade que a pandemia provocada pelo novo coronavírus trouxe uma nova realidade para toda população e uma profunda mudança na forma de trabalho, mediante a migração para um *home office*. Por outro lado, desde a decretação do estado de calamidade pública pelo governo federal (Decreto Legislativo nº 6/2020), vimos um aumento da atuação de nossos tribunais, especialmente em matérias



Logicamente, as novas tecnologias e plataformas digitais

existentes contribuíram muito para um aumento da atuação de todo Poder Judiciário. O processo eletrônico e os julgamentos virtuais (e por videoconferência) impulsionaram os tribunais a acelerar a análise de várias disputas tributárias. Alertamos que esse impacto (trazido pela pandemia) demanda uma atenção especial dos contribuintes, já que importantes temas têm sido julgados. Portanto, por meio deste artigo, trazemos uma breve análise ao leitor daqueles temas de maior relevância e impacto para os agentes do setor elétrico, analisados neste inusitado ano de 2020.

Em primeiro lugar, um tema que causou muito debate foi como tratar tributariamente a inadimplência de consumidores, no pagamento de suas faturas. A inadimplência impactou negativamente o caixa das distribuidoras, pois os tributos devem ser recolhidos na emissão das faturas e não quando recebido o pagamento delas. O grande desafio das distribuidoras é o diferente posicionamento de órgãos do governo. Por um lado, o órgão regulatório determinou que a energia não poderia deixar de ser fornecida durante a pandemia. Por outro, o Fisco não adotou nenhuma medida tributária para dar fôlego ao caixa das distribuidoras quando as faturas não são pagas.

Algumas distribuidoras se lançaram ao Poder Judiciário em busca da mudança excepcional (no período da pandemia), na forma de recolhimento de tributos. Alguns tribunais se sensibilizaram com essa situação, concedendo liminares para garantir às distribuidoras a possibilidade de recolher o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) aos cofres públicos, apenas na medida em que as faturas sejam quitadas pelos consumidores.



Vimos também um aumento da atuação do Supremo Tribunal Federal nas demandas tributárias relacionadas à energia elétrica. Alguns casos se iniciaram e outros, que aguardavam alguns anos um julgamento, foram definitivamente analisados pelo STF.

Um caso emblemático no STF foi o julgamento do ICMS exigido sobre a demanda contratada (Recurso Extraordinário 593.824 — Tema 176). Há mais de uma década o Superior Tribunal de Justiça concluiu pela legalidade do ICMS incidente sobre a demanda contratada efetivamente utilizada (inclusive editando a Súmula 391).

O tema chegou ao STF (em 2008) e, no dia 27 de abril deste ano, foi proferido o julgamento com a fixação da seguinte tese: *"A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor"*. A decisão não está livre de críticas, tanto que foram apresentados embargos de declaração pelas partes, para que conceitos e premissas sejam esclarecidos. Esses recursos estão pendentes de novo julgamento.

Outra disputa que será analisada pelo STF é a discussão envolvendo a imunidade tributária do ICMS na comercialização interestadual de energia elétrica. Recentemente, o STF iniciou o julgamento virtual do Recurso Extraordinário 748.543 (Tema 689). Os conceitos adotados pelo STF nesse julgamento serão de suma importância para as operações do setor, pois, atualmente, os Estados da federação possuem diferentes regras sobre a responsabilidade tributária pelo recolhimento do ICMS nas remessas interestaduais (especialmente em razão do que dispõem os Convênios ICMS 83/00, 15/07 e 77/11).

Além disso, recentemente os ministros do STF começaram a discutir sobre a possibilidade de julgamento de um tema que envolve a não tributação (ICMS) na transferência de mercadorias entre estabelecimentos dos mesmos contribuintes (RE 1.255.885 — Tema 1099). Ainda que o tema não seja diretamente ligado às empresas de energia elétrica, o resultado desse julgamento pode afetar as empresas de autoprodução de energia elétrica.

Ainda existem outros temas tributários ligados ao setor e que aguardam um ponto final pelo STF, como, por exemplo, a cobrança do ICMS sobre o incentivo fiscal dado às empresas no fornecimento de energia elétrica aos consumidores de baixa renda, a cobrança do IPTU de usinas hidrelétricas e a substituição tributária de ICMS para as operações de energia no Estado de São Paulo, entre outros. Também não podemos nos esquecer de temas pendentes de conclusão no STJ, como a cobrança do ICMS sobre tarifas de energia elétrica (TUSD e TUST).

A pandemia impactou significativamente a economia e o Poder Judiciário tem um papel fundamental para a retomada das atividades, pois importantes temas tributários foram e serão ainda analisados. Resta aos contribuintes e aos agentes do setor elétrico estar atentos a toda a movimentação dos casos, em especial em nossos tribunais superiores.

Date Created

26/07/2020