

POLÍTICA LEGISLATIVO - 27 de julho de 2021

As principais alterações na sistemática do recolhimento do ICMS no ACL

É essencial esclarecer que o consumidor é o responsável pelo ICMS decorrente das operações de energia elétrica

O Estado de São Paulo publicou, no dia 25.06.2021, o Decreto nº 65.823/2021, que dispõe sobre as alterações no Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – (RICMS).



ARTIGO
URIAS MARTINIANO GARCIA NETO,
ADVOGADO
Sócio de Energia Elétrica do escritório Tomanik Martiniano Sociedade de Advogados.

É essencial esclarecer que o consumidor é o responsável pelo ICMS decorrente das operações de energia elétrica, nos termos a seguir. Vejamos:

Art. 155 – *Constituição Federal*

[...]

§ 3º À exceção dos impostos que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

Art. 2º – *Lei Kandir*

§ 1º O imposto incide também:

III – sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente. (destacamos)

Com efeito, a mesma orientação encontra previsão expressa no art. 12, incisos I e XII da Lei Kandir. Vejamos:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I – da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

XII – da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização;

Portanto, conclui-se que o consumidor final é o responsável por suportar o recolhimento do ICMS em operações de energia elétrica.

(a) Do antigo procedimento para recolhimento de ICMS no Ambiente de Contratação Livre – (ACL)

Como visto, muito embora o consumidor final seja o responsável por suportar o recolhimento do ICMS, a versão anterior do RICMS previa, em seu art. 425, que as concessionárias/permissionárias de distribuição eram responsáveis pelo lançamento e pagamento do imposto incidente nas operações internas com energia elétrica, *in verbis*:

Artigo 425 – A responsabilidade pelo lançamento e pagamento do imposto incidente nas sucessivas operações internas com energia elétrica, desde a sua importação ou produção, fica atribuída (Lei Complementar federal 87/96, art. 9º, § 1º, II, e Lei 6.374/89, art. 8º, VI, na redação da Lei 10.619/00, art. 1º, IV):

I – a empresa distribuidora, responsável pela operação de rede de distribuição no Estado de São Paulo, que praticar operação relativa à circulação de energia elétrica, objeto de saída por ela promovida, destinando-a diretamente a estabelecimento ou domicílio situado no território paulista para nele ser consumida pelo respectivo destinatário, quando este, na condição de consumidor, estiver conectado a linha de distribuição ou de transmissão, integrante da rede por ela operada, em razão da execução de:

- a) contrato de fornecimento de energia elétrica, com ela firmado sob o regime da concessão ou da permissão da qual é titular;*
- b) contratos de conexão e de uso da respectiva rede de distribuição, com ela firmados para fins do consumo da energia elétrica adquirida pelo destinatário por meio de contratos de comercialização por ele avençados, ainda que com terceiros, situados neste ou em outro Estado, em ambiente de contratação livre;*
- c) qualquer outro tipo de contrato, com ela firmado para fins de entrega de energia elétrica para o consumo do destinatário;*

II – ao destinatário que, estando conectado diretamente à rede básica de transmissão na condição de consumidor, promover a entrada de energia elétrica no seu estabelecimento ou domicílio, situado no território paulista, para nele consumi-la em razão da execução de contrato de comercialização de energia elétrica firmado em ambiente de contratação livre.

Assim, depreende-se do dispositivo acima que as concessionárias/permissionárias de distribuição realizavam o papel de substituto tributário.

Em consonância com o exposto, a Portaria CAT- 97, de 27.05.2009, previa o procedimento para a realização da Declaração do Valor de Aquisição da Energia Elétrica em Ambiente de Contratação Livre – (DEVEC).

Segundo Os artigos 2º e 3º da referida Portaria, o consumidor da energia elétrica adquirida no ACL deveria realizar mensalmente a DEVEC, ou seja, registrar os montantes de energia elétrica e preço médio para fins de cálculo do ICMS.

Resumidamente, a Secretaria da Fazenda e Planejamento – (SEFAZ), a partir das informações fornecidas na DEVEC, disponibilizava para as concessionárias/permissionárias de distribuição de energia arquivo contendo o preço médio da energia elétrica adquirida pelo consumidor e, posteriormente, a Distribuidora apurava a base de cálculo do ICMS devido na operação com energia elétrica adquirida no ACL.

A Portaria CAT- 97/2009, em seu § 4º do artigo 5º, abordava, ainda, que nos casos de omissão ou dispensa por parte do consumidor, a concessionária de distribuição deveria aplicar, para fins de apuração da base de cálculo do ICMS, a mesma tarifa que utiliza no faturamento das operações no ACR.

Nesse contexto, o artigo 2º da Portaria CAT- 97/2009 tratava o procedimento a ser adotado pela destinatária de energia elétrica no ACL. Vejamos:

Artigo 2º – A pessoa jurídica de que trata o inciso II do artigo 1º, na condição de destinatária da energia elétrica objeto das operações referidas no inciso I daquele artigo, deverá, para fins do disposto no § 2º do artigo 425 do RICMS, prestar mensalmente, à Secretaria da Fazenda, Declaração do Valor de Aquisição da Energia Elétrica em Ambiente de Contratação Livre – DEVEC para o conjunto de todos os seus estabelecimentos ou domicílios situados na área de abrangência do submercado Sudeste/Centro-Oeste, conforme definido na Resolução n.º 402, de 21 de setembro de 2001, da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, na qual deverão constar, de acordo como o leiaute previsto no Anexo I:

I – no quadro “Identificação do declarante”, as seguintes informações relativas à respectiva pessoa jurídica:

a) a denominação ou a razão social;

b) o endereço completo do seu estabelecimento ou domicílio, matriz ou principal, situado no território paulista, onde

exerça a suas atividades;

c) o número da inscrição do estabelecimento referido na alínea "b" no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado de São Paulo, se contribuinte do imposto;

d) o número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ da Receita Federal do Brasil – RFB;

e) o código da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE correspondente à sua atividade econômica preponderante;

II – no quadro "Dados dos contratos de aquisição de energia elétrica", as seguintes informações relativas a cada contrato de comercialização, firmado em ambiente de contratação livre, por meio do qual a declarante tenha adquirido energia elétrica para consumo no submercado Sudeste/Centro-Oeste:

a) o número de identificação do contrato, correspondente àquele registrado na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE;

b) as datas de início e de fim da vigência do contrato;

c) relativamente à pessoa jurídica alienante da energia elétrica:

1 – a razão social;

2 – o endereço completo do seu estabelecimento, situado neste ou em outro Estado, onde exerça suas atividades;

3 – os números das inscrições no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado de São Paulo e no CNPJ, correspondentes ao estabelecimento referido no item 2;

d) a quantidade, em MWh, da energia elétrica contratada para consumo no submercado Sudeste/Centro-Oeste no mês de referência;

e) o valor devido, cobrado ou pago pela parcela de energia elétrica contratada para consumo no submercado Sudeste/Centro-Oeste no mês de referência:

1 – nele incluídos, observados os parâmetros de precificação contratualmente estabelecidos, os valores referentes a multas, juros, seguros, débitos e créditos decorrentes da execução parcial ou total do contrato;

2 – dele excluídos o montante do ICMS que a ele estiver integrado e os valores relativos a eventual cessão parcial ou total do contrato;

III – no quadro "Dados do consumo de energia elétrica", as seguintes informações relativas a cada ponto de consumo, integrante da respectiva unidade consumidora, situado na área de abrangência do submercado Sudeste/Centro-Oeste:

a) a denominação do ponto de consumo, conforme cadastrada na CCEE;

b) o número de identificação do ponto de consumo, correspondente ao código do ativo cadastrado na CCEE;

c) os números de identificação dos medidores de energia elétrica integrantes de cada ponto de consumo;

d) o endereço completo do estabelecimento ou domicílio ao qual o ponto de consumo estiver vinculado;

e) os números das inscrições no Cadastro de Contribuintes do ICMS, se contribuinte do imposto, e no CNPJ,

correspondentes ao estabelecimento ou domicílio referido na alínea “d”;

f) a razão social da empresa distribuidora responsável pela operação da rede de distribuição à qual estiver conectado o ponto de consumo;

g) a quantidade, em MWh, da energia elétrica consumida, discriminada segregadamente de acordo com a leitura da medição registrada em cada um dos medidores integrantes do ponto de consumo;

IV – no quadro “Preço médio efetivo de aquisição da energia elétrica em ambiente de contratação livre”:

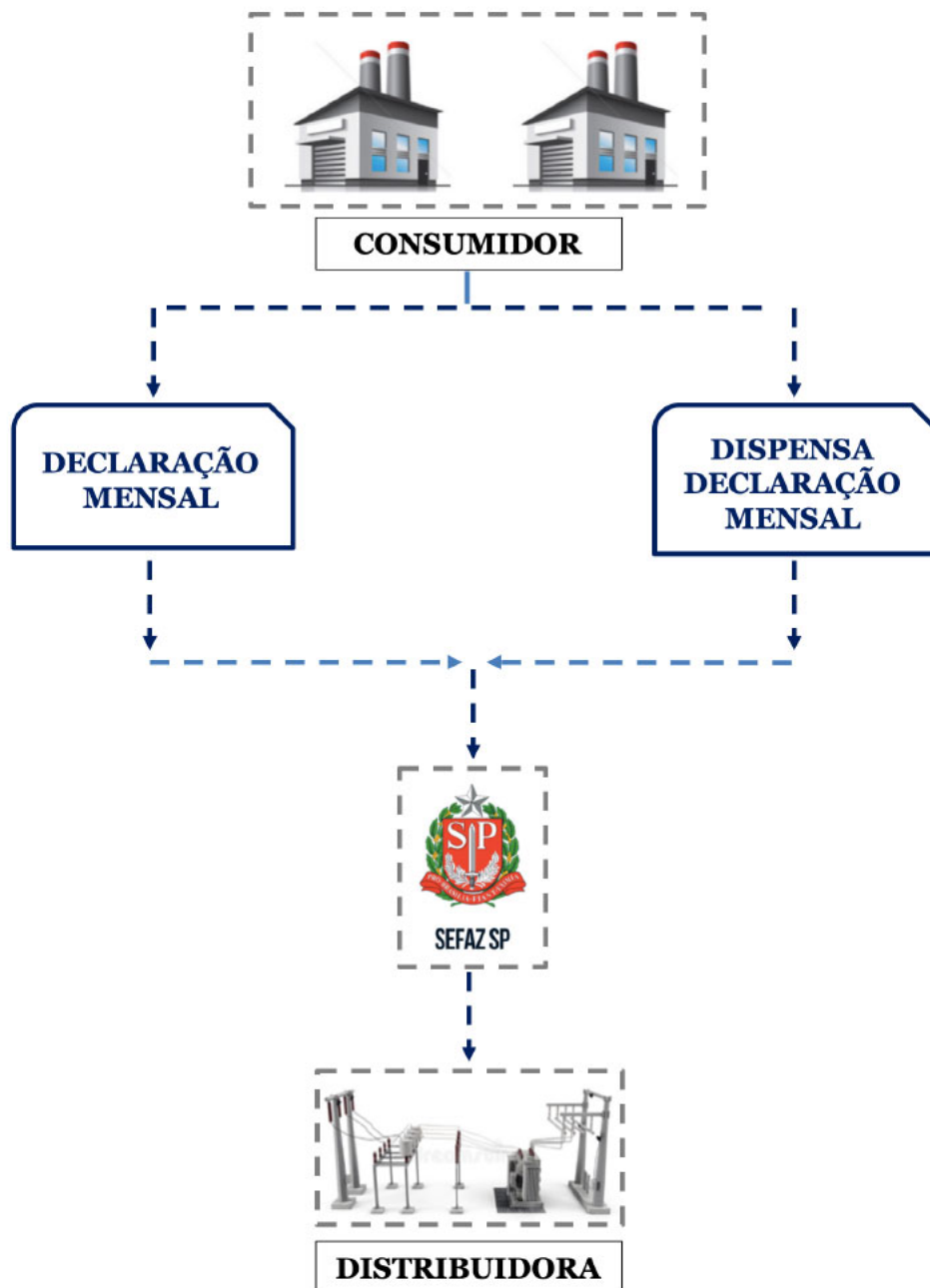
a) o valor total devido, cobrado ou pago pela parcela de energia elétrica contratada para consumo no submercado Sudeste/Centro-Oeste no mês de referência, correspondente à soma dos valores declarados para cada contrato de comercialização nos termos da alínea “e” do inciso II;

b) a quantidade total, em MWh, da energia elétrica consumida no submercado Sudeste/Centro-Oeste no mês de referência, correspondente à soma das quantidades declaradas para cada ponto de consumo nos termos da alínea “g” do inciso III;

c) o preço médio efetivo de aquisição da energia elétrica em ambiente de contratação livre, por MWh, resultante da divisão do valor total de que trata na alínea “a” pela quantidade total referida na alínea “b”;

V – o mês ao qual se refere o consumo da energia elétrica; VI – local e data da declaração; VII – o código de autenticação digital da declaração.

O fluxo a seguir ilustra o procedimento previsto na Portaria CAT- 97/2009:



(b) Da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4281

Ocorre que, o procedimento acima foi objeto de questionamento judicial pela Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia – (ABRACEEL), por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4281, cujo um dos principais argumentos foi o conflito de interesses nas operações de compra e venda de energia elétrica, haja vista que diversas distribuidoras possuem empresas no mesmo grupo econômico no seguimento de geração e comercialização.

Após o regular processamento do processo, o Supremo Tribunal Federal – (STF) julgou procedente o pedido formulado na Ação Direta “para reconhecer a inconstitucionalidade do Decreto do Estado de São Paulo nº 54.177/2009, na parte em que alterou a redação do art. 425, I, b, e dos §§ 2º e 3º, no que pertinente à hipótese da referida alínea b, com eficácia ex nunc, para que se considere insubsistente o Decreto a contar da publicação deste acórdão”.

No que tange ao conteúdo do acórdão, segundo a decisão proferida pela Corte Suprema o papel de substituto tributário exercido pelas distribuidoras de energia elétrica para os Contratos de Comercialização de Energia Elétrica firmado no Ambiente de Contratação Livre – (ACL) é inconstitucional.

Deste modo, com a determinação do STF, o Estado de São Paulo foi obrigado a definir um novo procedimento para recolhimento do ICMS no ACL.

(c) Das mudanças promovidas pelo Decreto nº 65.823/2021

Assim, em observância à determinação do STF, o Estado de São Paulo publicou o Decreto nº 65.823/2021, cujas principais disposições encontram-se descritas a seguir:

(c.1) a responsabilidade pelo lançamento e pagamento do imposto incidente nas sucessivas operações internas com energia elétrica fica atribuída ao **(i)** ao vendedor da energia elétrica situado no Estado de São Paulo; ou **(ii)** destinatário da energia elétrica, quando o alienante estiver situado em outro Estado.

(c.2) a responsabilidade do lançamento e pagamento do imposto incidente sobre os valores dos encargos de conexão e de uso do sistema de distribuição e quaisquer outros valores e encargos inerentes ao consumo da energia elétrica é da empresa distribuidora, quando conectado na rede de distribuição.

(c.3) o vendedor paulista de energia elétrica, operações de cessão e o autoproductor deverão observar as inúmeras diretrizes do RICMS e as disposições do referido Decreto.

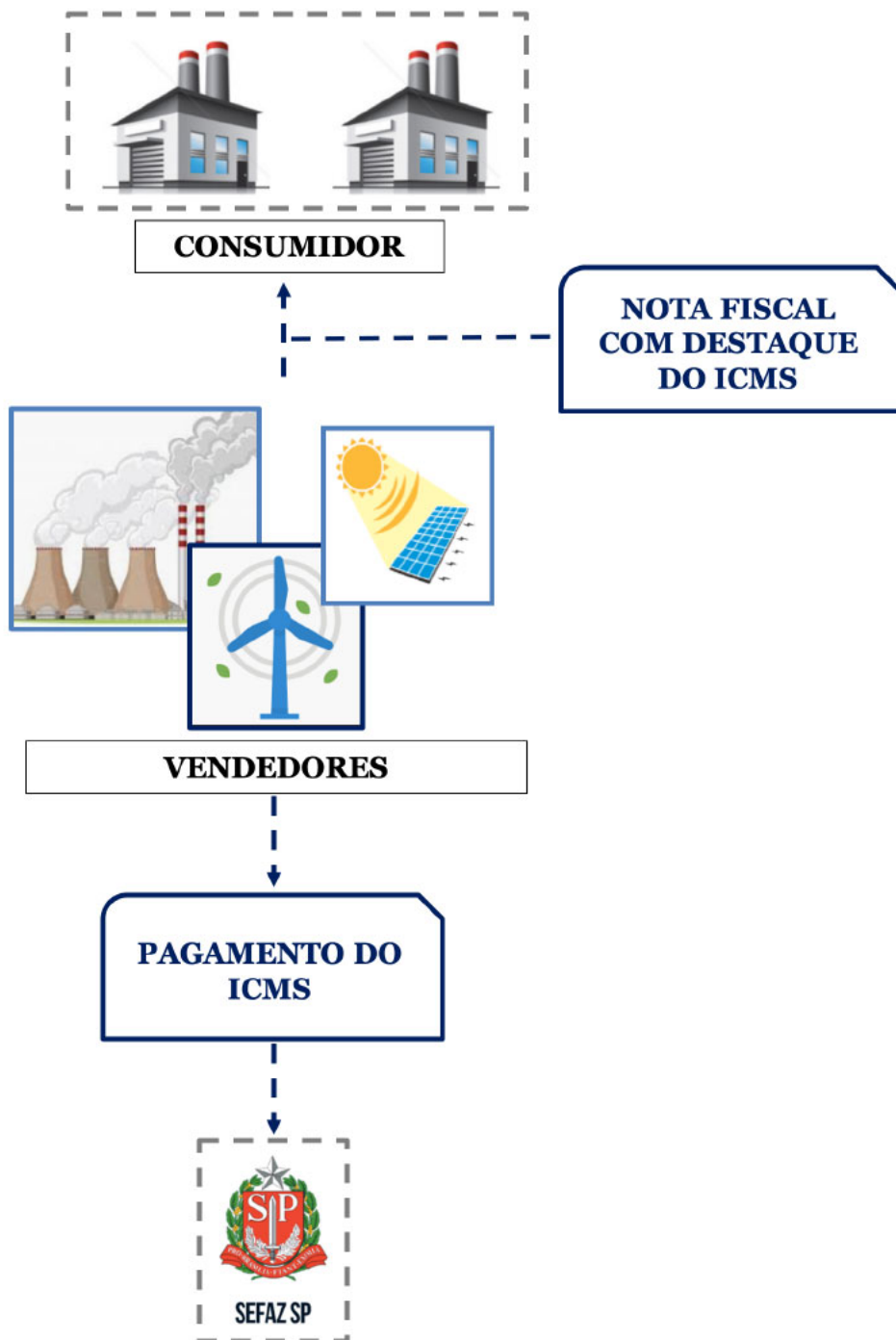
(c.4) o SEFAZ disciplinará as obrigações acessórias relativas às operações realizadas no ACL.

(c.5) a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – (CCEE) deverá, periodicamente, e sempre que solicitada, prestar, à SEFAZ, informações sobre as operações de energia elétrica no ACL.

(c.6) necessidade do Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado de São Paulo para situações específicas. Por exemplo: contribuinte que, em razão do exercício da atividade de geração de energia elétrica, praticar operações relativas à circulação dessa mercadoria por meio de estabelecimento situado no território paulista.

(c.7) a vigência do referido Decreto é a partir de 1º de setembro de 2021.

Nesse sentido, o fluxo a seguir ilustra o procedimento definido no Decreto nº 65.823/2021, para o vendedor da energia elétrica situado no Estado de São Paulo:



(d) Conclusão

Diante do exposto, é fundamental que os vendedores de energia elétrica que atuem no ACL e demais agentes, observem as disposições contidas no Decreto nº 65.823/2021, bem como regularizem suas operações para evitar eventuais sanções da SEFAZ.

Urias Martiniano Garcia Neto (urias@tomasa.adv.br) é sócio de Energia Elétrica do escritório Tomanik Martiniano Sociedade de Advogados.