



A REFORMA TRIBUTÁRIA NO SETOR ELÉTRICO

Impactos para geradoras, transmissoras,
distribuidoras e comercializadoras

Equipe Tributária do VBSO Advogados

Nossos especialistas



Paulo Vaz
pvaz@vbso.com.br

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Atua há mais 30 anos prestando consultoria a clientes nacionais e estrangeiros a respeito da legislação tributária em âmbito municipal, estadual e federal, especialmente quanto aos efeitos tributários de reorganizações societárias, tributação de investimentos estrangeiros e de investimentos brasileiros para o exterior, planejamento sucessório, tributação do agronegócio e tratamento tributário de diversas situações do cotidiano empresarial. Também é reconhecido pela sua atuação no âmbito contencioso, administrativo e judicial, assessorando clientes na defesa de autuações fiscais e no patrocínio de ações perante o Poder Judiciário.



Mário Shingaki
mshingaki@vbso.com.br

Contabilista, bacharel em Administração de Empresas, mestre em Contabilidade e Controladoria, e Advogado. Professor em programas de MBA e especialização no Instituto Saint Paul e FGV-SP, nas disciplinas de Gestão de Impostos e Planejamento Sucessório. Conselheiro fiscal de companhias aberta e fechada. Atua na área de Direito Tributário, com foco em planejamento tributário para pessoas jurídicas e para pessoas físicas, tributação de mercado financeiro e de capitais e proteção patrimonial e planejamento sucessório.



Diogo Olm Ferreira
dferreira@vbso.com.br

Mestre e bacharel na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP e especialista em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. Atua há mais de dez anos assessorando empresas a lidarem com questões tributárias complexas, tanto da perspectiva consultiva quanto contenciosa. Possui atuação de destaque no enfrentamento de questões tributárias particulares ao setor elétrico (geração, comercialização, distribuição e transmissão) e na disciplina tributária da aquisição de energia elétrica por empresas dos mais variados setores. Também atua na análise dos impactos tributários para projetos de infraestrutura e na estruturação de investimento financeiros, inclusive com a utilização de mecanismo de tokenização.



Vinícius Caccavali
vcaccavali@vbso.com.br

Mestre em Direito Tributário pela Faculdade Getúlio Vargas – FGV Direito São Paulo, possui especialização em Direito Tributário pelo Instituto de Ensino e Pesquisa INSPER, e extensão em IFRS na Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras – FIPECAFI. Atua com Direito Tributário há mais de quinze anos, especialmente em questões envolvendo processos administrativos e judiciais. Autor de diversos artigos publicados em livros e revistas especializadas.

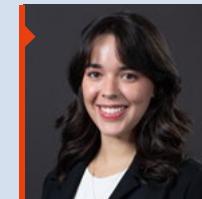


Juliana Vaz
jvaz@vbso.com.br

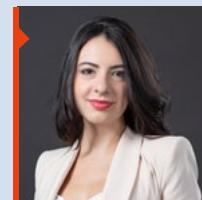
Desde 2017, atua na prática de Direito Tributário, tanto na esfera consultiva quanto contenciosa, assessorando clientes de diversos perfis no enfrentamento de questões tributárias complexas. Nos últimos anos, tem assessorado empresas dos setores de infraestrutura em diversas atividades, desde a análise dos impactos tributários decorrentes de suas peculiaridades contábeis e regulatórias até o patrocínio de pedidos de habilitação a regimes especiais, como o REIDI.



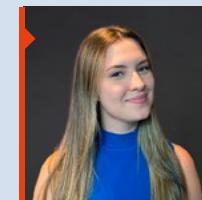
Ana Carolina Bocaiuva Ribas
aribas@vbso.com.br



Luiza Carvalho da Silva
lsilva@vbso.com.br



Pietra Arrighe
parrighe@vbso.com.br



Júlia Cavalcanti
jcavalcanti@vbso.com.br

Sumário

Prefácio Considerações gerais sobre a Reforma Tributária	6
Visão geral da Reforma Tributária Mudanças, Princípios informadores do IBS e da CBS, Cronograma de implementação das mudanças, Tramitação atual do PLP	8
Como o PLP nº 68 trata do setor elétrico? Critério do destino, O Novo REIDI, Regime de bens de capital, Alterações ao PLP em discussão	14
Impactos para a geração Contratação por disponibilidade, Tratamento dos créditos de PIS, COFINS e ICMS	26
Impactos para a transmissão Falta de previsões específicas e peculiaridades da atividade, Reforma Tributária e a contabilidade de concessionárias de serviços públicos	36
Impactos para a distribuição Split payment, Perdas não técnicas de energia elétrica na Reforma Tributária: necessidade de ajustes no PLP nº 68/2024, <i>Cash-back</i>	44
Impactos para a comercialização Mercado de Curto Prazo de energia elétrica: indefinições na Reforma Tributária	58

1. Prefácio

Considerações gerais sobre a Reforma Tributária

As bases da tributação do consumo no Brasil foram estabelecidas na década de 1960, quando a Emenda Constitucional nº 18/1965 estabeleceu o Imposto sobre Produtos Industrializados (“IPI”), fruto da reformulação do imposto sobre o consumo, e o Imposto sobre Circulação e Mercadorias (“ICM”), sucessor do Imposto de Vendas Mercantis (“IVC”). Nesse período, o imposto de indústrias e profissões também era substituído pelo imposto sobre serviços de qualquer natureza (“ISS”). A partir da década de 1970, diversas contribuições sociais passaram a ser criadas, a exemplo daquela voltada ao fundo de investimento social (“FINSOCIAL”).

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 deu continuidade a boa parte dos tributos já existentes, ainda que tenha implementado alterações pontuais, sedimentando, por exemplo, novos contornos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (“ICMS”). Também estabeleceu bases mais consistentes para a instituição da contribuição ao PIS e da COFINS durante a década de 1990.

Embora a legislação tributária tenha passado por mudanças significativas ao longo do tempo, o ano de 2023 consolidou-se como um marco fundamental no Direito Tributário brasileiro, especialmente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 132/2023. Essa emenda reformulou a tributação sobre o consumo, substituindo seis tributos — ICMS, ISS, IOF-seguros, IPI, PIS e COFINS — por um Imposto sobre Valor Agregado (“IVA”) Dual, alinhado a padrões internacionais.

O novo IVA é dividido em dois níveis: a Contribuição sobre Bens e Serviços (“CBS”), de competência federal, e o Imposto sobre Bens e Serviços (“IBS”), de competência estadual e municipal. A Reforma Tributária também introduziu o Imposto Seletivo (“IS”), que incidirá sobre produtos considerados nocivos à saúde ou ao meio ambiente, com o objetivo extrafiscal de desestimular seu consumo.

Este material objetiva analisar como as bases da Reforma Tributária, ainda pendentes de regulamentação, irão alterar o setor de energia elétrica no Brasil.

Ao longo de 2024, os profissionais do VBSO Advogados produziram e publicaram inúmeros artigos tratando dos impactos da reforma da tributação do consumo em relação ao setor de energia elétrica. Analisar projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional impõe um desafio adicional: o texto analisado hoje pode mudar até amanhã. Nada está definido e tudo pode ser alterado. Inúmeras versões alternativas circulam antes de uma votação. E mesmo um texto votado ainda pode ser objeto de mudanças.

Todos os artigos que produzimos ao longo do ano foram reflexos de momentos específicos, refletindo nossa preocupação quanto a pontos que, por vezes, foram superados. Em outros casos, continuam a nos preocupar até o momento. E, ainda, existem aqueles que se transformaram em novas preocupações.

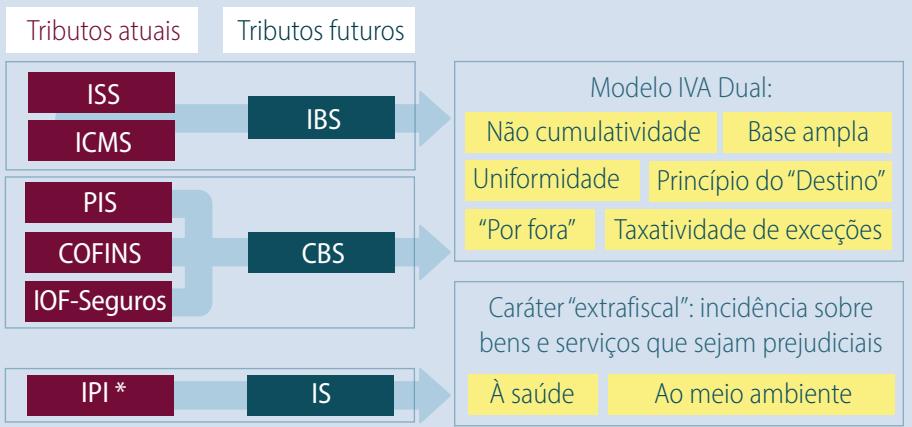
Mesmo hoje, na data de fechamento deste material, o Projeto de Lei Complementar nº 68 (“PLP 68”) segue sujeito a possíveis alterações. Afinal, sua tramitação no Congresso Nacional não foi esgotada: na realidade, o projeto sequer foi citado no Senado Federal, onde mais de 1600 sugestões de emendas se amontoam.

Somente teremos alguma estabilidade quando o PLP 68 for definitivamente promulgado como lei complementar. Até lá, temos que lidar com uma metamorfose constante.

Em razão disso, este material deve ser compreendido no momento de sua conclusão: aqui, o leitor encontrará, preponderantemente, análise do PLP 68 tal como aprovado na Câmara dos Deputados. Além disso, apresentaremos comentários a respeito de emendas e sugestões de mudança em discussão, com potencial de afetar nossas impressões sobre a tributação do setor elétrico. Por certo, muitas alterações ocorrerão no PLP 68, demandando atualizações posteriores deste material.

O leitor não deve se preocupar: continuaremos com o esforço constante de analisar os impactos concretos da Reforma Tributária para empresas do setor elétrico. Não hesite em nos contactar. Diante desse cenário, esse material não se propõe exaustivo, tratando apenas de algumas questões específicas que afetarão as empresas do setor, em seus mais variados segmentos.

Visão simplificada da Reforma da Tributação do Consumo





2. Visão geral da Reforma Tributária

2.a. O que muda?

A Reforma Tributária tem como objetivo simplificar o sistema tributário brasileiro, conhecido por sua multiplicidade de tributos e pela distribuição fragmentada da competência tributária entre os diferentes entes federados. A iniciativa visa a redução da complexidade do sistema tributário e os custos administrativos suportados pelos contribuintes para sua adequação, promovendo, assim, maior eficiência e transparência.

Nesse sentido, o IBS e a CBS surgem como tributos que podem ser vistos como “irmãos gêmeos”, uma vez que, em teoria, irão compartilhar características fundamentais, como o fato gerador, a base de cálculo, a forma de identificação dos contribuintes e os prazos para cumprimento das obrigações.

A principal diferença entre os dois tributos consiste na competência: a CBS será de competência exclusiva da União, ao passo que o IBS terá competência compartilhada entre Estados e Municípios. Ambos os tributos incidirão sobre quaisquer operações onerosas envolvendo bens ou serviços, assim como sobre operações não onerosas com bens ou serviços expressamente previstas no PLP 68.

De acordo com o PLP 68, “bens” incluem bens materiais ou imateriais, incluindo direitos. Essa definição abrange as energias com valor econômico. Por outro lado, a definição de serviços é residual, compreendendo as operações que não envolvem bens. Com isso, pretende-se superar a dicotomia entre “bens x serviços”, típica da distinção entre ICMS e ISS, permitindo a tributação ampla de atividades econômicas.

No caso de operações onerosas, o PLP 68 apresenta uma lista exemplificativa de forma de fornecimento de bens e serviços que estarão sujeitos à incidência de IBS e CBS:

Alienação, inclusive compra e venda, troca ou permuta e dação em pagamento;

Locação;

Licenciamento, concessão, cessão;

Empréstimo;

Doação onerosa;

Instituição onerosa de direitos reais;

Arrendamento, inclusive mercantil; e

Prestação de serviços.

No caso de operações não onerosas, há uma lista taxativa de hipóteses de incidência, abrangendo, por exemplo, operações realizadas com partes relacionadas.

A abrangência do IBS e da CBS é notável, mas o PLP 68 possui diversas previsões excepcionando a incidência (por exemplo, transferências decorrentes de operações societárias), além de certas imunidades previstas na própria Constituição.



2.b. Princípios informadores do IBS e da CBS

A Reforma Tributária instituiu novos princípios informadores do IBS e da CBS, os quais serão abordados de forma mais específica nos próximos capítulos deste trabalho, como o princípio do destino e o da não-cumulatividade plena.

O princípio do destino ganha importância no contexto da Reforma Tributária, à medida que o local de destino da operação é, também, o local de ocorrência do

fato gerador do IBS. Assim, a determinação da alíquota de IBS aplicável à operação e a distribuição do produto da arrecadação do IBS dependem, justamente, do local de destino da operação.

Já em relação à não cumulatividade plena, sua aplicação impõe que os tributos pagos ao longo da cadeia gerem créditos imediatos. A ideia proposta na Reforma Tributária, e já presente na sistemática de outros tributos indiretos, é a de que o creditamento dos tributos pagos pelas empresas desonera a cadeia econômica, os investimentos e as exportações, de forma que a tributação recaia apenas sobre o consumo final da mercadoria ou do serviço.

Dado que os tributos incidentes nas etapas anteriores geram créditos para os prestadores e fornecedores, o IBS e a CBS são tributos que visam à neutralidade tributária, ou seja, visam a garantir que o sistema tributário não interfira nas decisões econômicas dos contribuintes.

O PLP 68 estabelece que, na prática, os créditos de IBS e CBS poderão ser apropriados por qualquer contribuinte ao pagar os tributos nas operações de aquisição de bens ou serviços, com exceção da aquisição de itens de uso ou consumo pessoal e outras situações especificadas no PLP 68. O prazo para uso desses créditos é de cinco anos, com opção de transferência de créditos apenas em casos de sucessão, fusão, cisão ou incorporação.

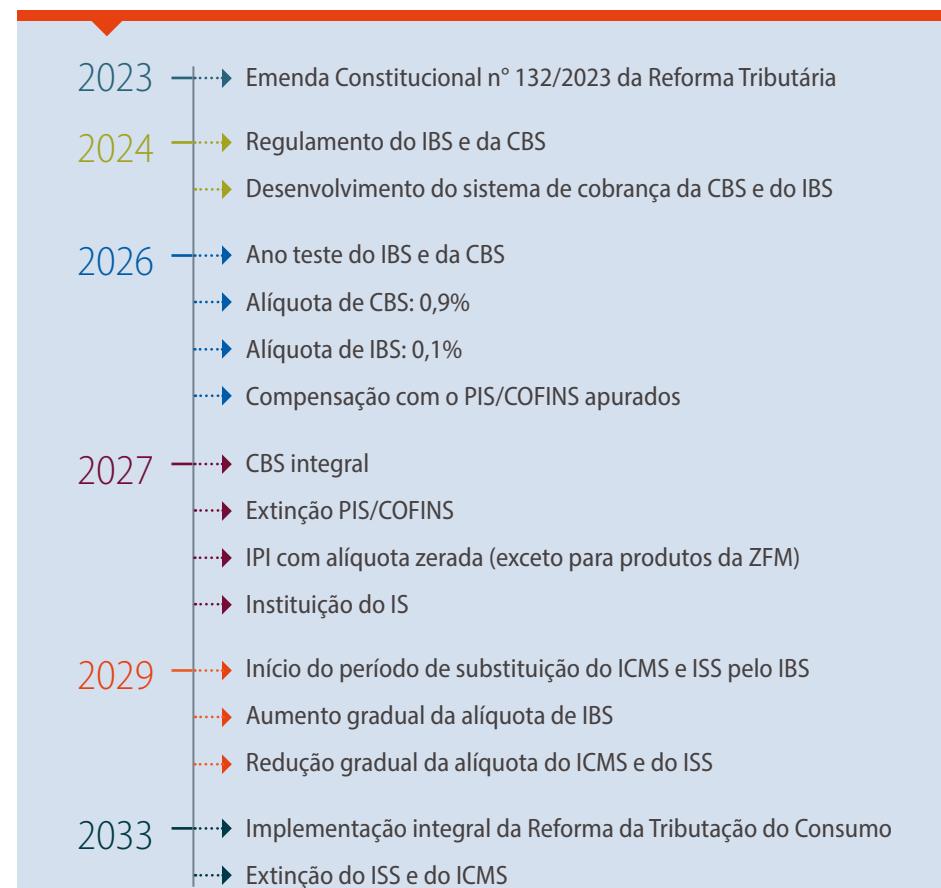
2.c. Cronograma de implementação das mudanças

A transição do atual sistema tributário para o modelo proposto pela Reforma Tributária não acontecerá da noite para o dia. Planejada para ocorrer ao longo de uma década, a transição será gradual, permitindo que contribuintes e administradores públicos se adaptem ao novo sistema.

Iniciada em 2023, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 132/2023, a

transição está prevista para ser concluída em 2033, quando tributos como o ISS e o ICMS serão completamente substituídos. Durante esse período, as alíquotas do IBS e da CBS serão gradualmente elevadas, acompanhadas por uma correspondente redução das alíquotas do ICMS e do ISS.

Confira, no esquema a seguir, o cronograma de transição para o novo modelo:



2.d Tramitação atual do PLP

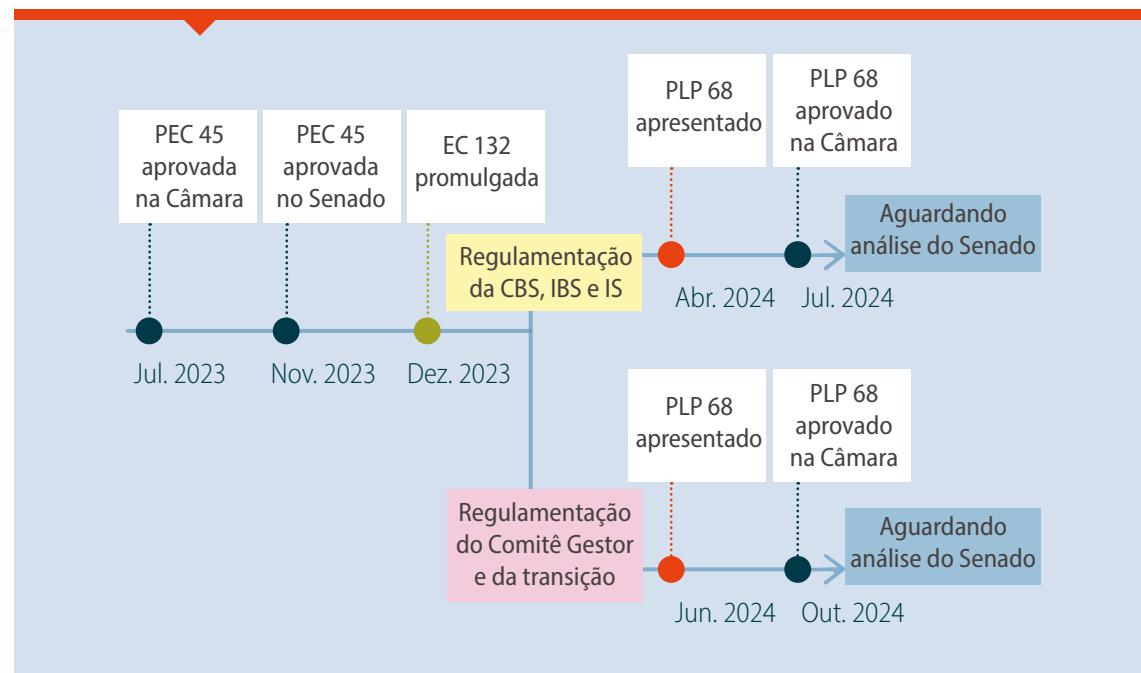
Tramitação atual

As alterações previstas na Emenda Constitucional nº 132/2023 dependem de uma detalhada regulamentação. Parte significativa dessa regulamentação deve se dar por meio de lei complementar, que, por conta de seu caráter de lei nacional, pode assegurar uniformidade necessária para exigência do IBS pelos diversos Estados e municípios. Nesse contexto, o Governo Federal apresentou dois projetos de lei complementar: (i) o PLP 68, que trata da instituição do IBS, da CBS e do IS, fixando as regras gerais de incidência de cada tributo, e (ii) o PLP 108, responsável por disciplinar a criação do Comitê Gestor do

IBS, as regras de transição, além de trazer outras alterações à legislação tributária.

Apesar de intimamente relacionados, cada PLP seguiu uma tramitação diferente, considerando que foram apresentados em datas diferentes. Logo, o timing de análise de cada projeto é distinto: o PLP 68 foi aprovado na Câmara dos Deputados em junho de 2024, enquanto o PLP 108 foi aprovado apenas em outubro. No momento (novembro de 2024), ambos os projetos aguardam apreciação no Senado Federal. Ou seja, ainda existem várias etapas de tramitação legislativa até que a versão final das leis complementares que regulamentarão a Reforma Tributária sejam conhecidas.

Rito legislativo: ambos os projetos foram apresentados perante a Câmara dos Deputados, onde foram objeto de inúmeras emendas. O texto de cada projeto alterado é levado para apreciação do plenário da Câmara dos Deputados. Em seguida, o texto aprovado é encaminhado para o Senado Federal para apreciação. Caso novas alterações sejam implementadas, o projeto ainda retornará à Câmara para nova apreciação. Todas essas votações dependem de maioria absoluta para aprovação. Por fim, é necessária a sanção da Presidência da República.



Mesmo depois da aprovação das leis complementares, haverá necessidade de edição de leis ordinárias federais, estaduais e municipais estabelecendo, por exemplo, as alíquotas de CBS e IBS. Posteriormente, ainda serão editados decretos e instruções normativas sobre o

tema. O caminho até o novo Sistema Tributário é longo e os contribuintes devem permanecer atentos. Somente assim será possível assegurar que as promessas de racionalidade e simplificação sejam efetivamente cumpridas.

3. Como o PLP nº 68 trata do setor elétrico?

3.a. Critério do destino

Na Constituição Federal, conforme mencionado, o princípio do destino é um critério relevante para definir a repartição de competência entre os entes federados. Ou seja, a Reforma Tributária atribui competência tributária para o ente federado onde se localiza o destino da operação. O IBS será devido ao Estado e ao Município onde a operação for realizada, independentemente da origem do bem e do serviço.

A adoção do critério do destino subverte a lógica adotada pelo sistema tributário atual, pautado no critério da origem. Em operações interestaduais, o ICMS é devido ao Estado de origem e, em alguns casos, o Estado de destino pode cobrar, subsidiariamente, a diferença entre sua alíquota interna e a alíquota do Estado de origem, dando origem ao ICMS-DIFAL.

Já no caso do ISS, o imposto é devido ao Município onde se localiza o estabelecimento prestador. Ou seja, independentemente da localização do tomador do serviço, a competência tributária é

atribuída seguindo a lógica da origem da prestação do serviço.

A Reforma Tributária busca, então, deslocar a incidência do IBS da produção para o consumo, à medida que atribui competência ao Município e ao Estado do destino da operação. O artigo 156-A, parágrafo 1º, inciso VII, da Constituição Federal determina que o IBS “*será cobrado pelo somatório das alíquotas do Estado e do Município de destino da operação*”. Dessa forma, a carga tributária de IBS incidente em determinada operação será definida pela soma das alíquotas do Estado e do Município do destinatário.

O termo “destino”, todavia, pode ter múltiplos sentidos, de modo que se faz necessário elencar um critério para sua definição. A título exemplificativo, o legislador complementar poderia considerar como “destino da operação” o local onde a operação é contratada, o endereço do consumidor, o estabelecimento do prestador e mesmo o endereço do IP do computador utilizado, no caso de operações via internet.

Nesse sentido, o artigo 11 do PLP 68

teve o condão de determinar o “local da operação”, aplicando diferentes critérios a diferentes operações. Os incisos do artigo 11 listam diversas previsões específicas do que se pode considerar como local da operação. A título exemplificativo, para operações com bens móveis, o local da operação será o local da entrega ou disponibilização do bem ao destinatário. No caso de serviços prestados sobre bem móvel material, o local da operação será o local da prestação do serviço.

No caso específico de operações com energia elétrica, os incisos do parágrafo 7º do artigo 11 do PLP 68 especificam o “local da operação”. Em operações direcionadas a consumidores finais, é considerado como local da operação o local da disponibilização da energia. Já nas hipóteses de geração, transmissão, distribuição ou comercialização, o local da operação será o local do estabelecimento principal do adquirente.

Embora as previsões pareçam claras, diversos questionamentos podem surgir quando da aplicação das previsões do PLP 68 ao contexto do setor elétrico, conforme será retomado posteriormente.

Por ora, vale destacar que um regime que adota o critério do destino, em teoria, reduz o potencial de guerras fiscais, ao diminuir a relevância do local da produção ou do estabelecimento prestador de serviços. Ou seja, ao priorizar a arrecadação para os entes federados onde ocorre o consumo final, reduz-se a possibilidade de competição fiscal entre Estados e Municípios onde se localizam os produtores e os estabelecimentos prestadores de serviços.

Conforme será detalhado nos tópicos seguintes, o PLP 68 apresenta previsões específicas sobre o conceito de destino em operações com energia elétrica, que merecem atenção do leitor.

“A Reforma Tributária busca deslocar a incidência do IBS da produção para o consumo, à medida que atribui competência ao Município e ao Estado do destino da operação. Dessa forma, a carga tributária de IBS incidente em determinada operação será definida pela soma das alíquotas do Estado e do Município do destinatário.”



3.b. O Novo REIDI

O Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura – REIDI já é bem conhecido pelas empresas que investem em infraestrutura. Desde 2007, a legislação de PIS/COFINS prevê o REIDI para o titular de projetos nos setores de transportes, portos, energia, saneamento básico e irrigação. Em síntese, sua aplicação assegura suspensão da incidência dessas contribuições em relação a certos bens e serviços adquiridos no mercado interno ou importados, desde que haja emprego em obra e incorporação ao ativo imobilizado ou, no caso de concessionárias de serviço público, ao ativo intangível ou financeiro. O REIDI de PIS/COFINS prevê que a suspensão da incidência é convertida em alíquota zero quando os requisitos legais são atendidos.

Não há dúvida de que o Brasil possui um *déficit* histórico de infraestrutura e demanda investimentos robustos para superá-lo. Diante disso, é necessário que existam mecanismos para evitar que a incidência de tributos prejudique tais investimentos.

A Reforma da Tributação sobre o consumo busca corrigir diversas distorções causadas por nosso sistema tributário demasiadamente complexo. Felizmente, a EC nº 132 já havia contemplado a possibilidade de um regime

“ O Brasil possui um déficit histórico de infraestrutura e demanda investimentos robustos para superá-lo. É necessário que existam mecanismos para evitar que a incidência de tributos prejudique tais investimentos.”

especial para “bens de capital”, ainda que não houvesse muita clareza quanto à sua configuração. A reforma passa a ganhar contornos mais concretos com a apresentação do Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 68, ainda em tramitação. E é muito positivo observar que o Governo Federal propõe a criação de um novo REIDI.

O novo REIDI, previsto no art. 99 do PLP nº 68, estende boa parte das previsões observadas na legislação do PIS/COFINS para o IBS/CBS. Por exemplo, propõe-se um mecanismo de suspensão de incidência, posteriormente convertido em alíquota zero. Diferentemente do que a literalidade da EC nº 132 sugeria, o PLP nº 68 não limitou o benefício para a aquisição de “bens de capital”, alcançando também – assim como o velho REIDI – serviços tomados ou locação de bens empregados no projeto.

Apesar de positivo, existem três pontos

de atenção, todos relacionados à regulamentação do novo REIDI. O primeiro ponto decorre da indicação de que o novo REIDI deverá observar a “disciplina estabelecida pela legislação específica”. No entanto, não há indicação expressa das questões que poderiam ser regulamentadas por essa “legislação específica”, tampouco o tipo de ato responsável por essa regulamentação.

É lição básica de Direito Tributário que o termo “legislação” não se limita à lei em sentido estrito, alcançando atos infralegais, como decretos e instruções normativas. Em outros pontos do PLP, há indicação precisa de que a regulamentação será fornecida pela RFB e pelo Comitê Gestor do IBS, em ato conjunto. Seria recomendável que previsão semelhante constasse no art. 99, substituindo a referência lacônica à “legislação específica”.

Essa solução é preferível já que o novo REIDI será aplicado ao IBS/CBS, ou seja,

envolverá interesses da União, dos Estados e dos Municípios. Apesar disso, deve haver uniformidade nacional em suas previsões, o que demanda um ato conjunto, aplicável a todas as esferas.

No entanto, se a regulamentação será fornecida por ato infralegal, há risco de violação ao princípio da legalidade tributária. Sem parâmetros claros na própria lei, a regulamentação teria uma liberdade excessiva, abrindo margem para limitações arbitrárias. Diante disso, é preciso reconhecer que o art. 99 do PLP nº 68 não aborda todas as questões relevantes.

Nesse sentido, o segundo ponto de atenção envolve os tipos de projetos beneficiados. No REIDI de PIS/COFINS, a própria lei indica setores específicos. Já o PLP nº 68 não traz essa delimitação. A nosso ver, significa que qualquer projeto de infraestrutura, independentemente do setor específico, estaria apto a ser beneficiado pelo novo REIDI. Caso essa previsão seja mantida na lei complementar, não seria válido que a regulamentação infralegal limitasse o benefício apenas a alguns setores.

O terceiro ponto de atenção envolve a identificação dos habilitados no novo REIDI. No REIDI de PIS/COFINS, é possível que haja uma “co-habilitação”, ou seja, não só os titulares do projeto, como também empresas que atuam na sua construção mediante empreitada global,

contam com a suspensão da incidência de PIS/COFINS nas suas aquisições ou importações. Esse mecanismo é relevante para evitar “resíduos tributários”. Afinal, se houver incidência de tributos na aquisição de materiais de construção realizada pelo empreiteiro, o ônus econômico será repassado ao titular do projeto. Ainda que o fornecimento realizado diretamente pelo empreiteiro para o titular não sofra tributação, os tributos incidentes em etapas anteriores da operação implicarão um ônus indireto para o financiamento do projeto.

É relevante, portanto, que o próprio PLP contemple expressamente a possibilidade de “co-habilitação”. De outra forma, existe o risco de que não seja contemplada pela regulamentação.

Com os ajustes indicados acima, o novo REIDI tem todo o potencial para ser extremamente útil ao desenvolvimento de infraestrutura no Brasil. Além de unificar os incentivos para o setor – evitando a necessidade atual de regimes estaduais de ICMS, cada um com suas particularidades –, continuará evitando que a incidência de tributos encareça os investimentos tão relevantes e necessários para o desenvolvimento do país.



“O novo REIDI tem potencial para ser extremamente útil ao desenvolvimento de infraestrutura no Brasil. Além de unificar os incentivos para o setor, continuará evitando que a incidência de tributos encareça os investimentos tão necessários para o desenvolvimento do país.”

3.c Regime de bens de capital

Ao alterar a Constituição Federal, a Emenda Constitucional nº 132/2023 previu expressamente a possibilidade de que a aquisição de bens de capital fosse objeto de desoneração em relação ao IBS e à CBS. A escolha sobre a forma de desoneração foi conferida à lei complementar, com a possibilidade de apropriação de crédito integral e imediato ou redução a zero das alíquotas de IBS e CBS aplicáveis.

O REIDI já representava um regime especial que pretendia cumprir essa missão. No entanto, durante a tramitação do PLP 68 na Câmara dos Deputados, foi criado um outro regime diferenciado para bens de capital no seu artigo 105: o regime de desoneração da aquisição de bens de capital. A alteração é bem-vinda: esse artigo determina que importações e aquisições do mercado interno de determinados bens, a serem indicados em

um ato conjunto da Receita Federal e do Comitê Gestor do IBS, estarão sujeitas à suspensão do pagamento de IBS e CBS.

Essa suspensão é convertida em alíquota zero quando os bens de capital forem incorporados ao ativo imobilizado, de forma semelhante ao que prevê o REIDI. Todavia, não há previsão para tratar da particularidade contábil das concessionárias de serviços públicos (distribuidoras e transmissoras), que não possuem registro de ativo imobilizado dos itens relacionados às concessões. Já estão sendo adotadas providências junto ao Senado Federal para que o texto seja aprimorado para evitar qualquer dúvida sobre esse ponto, contemplando as situações em que a contabilização envolve registro de ativo de contrato (intangível ou financeiro).

Como se nota, esse novo regime é semelhante ao REIDI, mas com diferenças importantes. Por exemplo, o REIDI é mais abrangente: além de ser aplicado a deter-

minados bens incorporados ao projeto de infraestrutura, poderá ser aplicado a serviços empregados na obra.

Por outro lado, o regime de desoneração de bens de capital é potencialmente mais dinâmico: sua aplicação independe da existência de um projeto de infraestrutura previamente habilitado. Ou seja, uma vez que o bem esteja na lista, ele já estará sujeito à tributação incentivada. Caso essa expectativa se concretize, o mercado poderá superar uma série de dificuldades que o mercado enfrenta quando a habilitação ao REIDI demora a ser liberada, questão extremamente preocupante para projetos de geração distribuída.

Caso esses dois regimes sejam aplicados em paralelo, isso significará que, por exemplo, a compra de um tracker a ser usado na geração de energia fotovoltaica eventualmente incluído na lista poderá usufruir do benefício fiscal, ainda que o processo de habilitação ao REIDI esteja pendente de análise.

Apesar desse dinamismo, a definição da lista dos produtos beneficiados depende de um ato futuro, de modo que ainda há incertezas sobre quais bens estarão sujeitos a esse regime especial. O último parágrafo do artigo 105, contudo, assegura que alguns produtos estarão incentivados independentemente dessa lista (i) veículos autopropulsados pesados, (ii) máquinas e equipamentos destinados ao ativo imobilizado do adquirente, (iii) bens relacionados com a tecnologia da informação, e (iv) bens móveis utilizados na área administrativa das empresas. No caso de importações, inclusive em relação às importações, a suspensão é aplicável pelo prazo de 90 dias.

Ainda que tais previsões sejam benéficas, uma avaliação aprofundada desse regime especial dependerá da forma como a Receita Federal e o Comitê Gestor do IBS lidarão com a lista de bens de capital beneficiados.





3.d Alterações ao PLP 68

O PLP 68, na versão aprovada pela Câmara dos Deputados, foi objeto de mais de 1.600 emendas no Senado Federal. Obviamente, não é o caso de repassar todas as alterações propostas, até porque, no momento (meados de novembro de 2024), essas emendas não foram incorporadas ao texto do PLP 68. São, portanto, apenas sugestões em discussão. Diversas delas, caso aprovadas, poderiam causar impactos relevantes para o setor elétrico.

Por exemplo, a emenda nº 80, do Senador Eduardo Gomes, pretende estabelecer que a base de cálculo do IBS e da CBS abrangerá as “demais importâncias cobradas ou recebidas como parte do valor da operação, inclusive seguros e taxa”, mas com a exclusão de “encargos setoriais que não correspondam ao preço do bem ou serviço”. Outro exemplo envolve a emenda nº 530, do Senador Izalci Lucas, incluindo as operações de locação, cessão onerosa e arrendamento de instalações de geração de energia elétrica a partir de fontes renováveis no rol de hipóteses sujeitas à redução em 60% das alíquotas de IBS e CBS.

O próprio Senador Izalci Lucas também apresentou a emenda nº 716, que aprimora as previsões relacionadas ao Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura – REIDI e resolve-

ria dificuldades enfrentadas por projetos de geração distribuída. Em síntese, essa emenda prevê a aplicação imediata do REIDI a partir do momento que o titular do projeto apresenta o requerimento de habilitação. Atualmente, os benefícios de PIS e de COFINS do REIDI somente são aplicados após publicação da habilitação por parte da Receita Federal, antecedida por um moroso processo envolvendo diferentes órgãos públicos que pode levar meses.

No entanto, o principal conjunto de possíveis mudanças ao PLP 68 é observado em relatório da Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) do Senado Federal, divulgado em 29 de outubro de 2024. Embora o PLP 68 esteja tramitando oficialmente na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), a CAE realizou inúmeras audiências públicas durante o segundo semestre e consolidou o conteúdo de diversas emendas apresentadas. Sem dúvida, é possível que esse relatório influencie as próximas etapas de tramitação, o que justifica a menção a uma proposta específica a tributação de operações de energia elétrica.

Desde a Câmara dos Deputados, já existiam pleitos setoriais para que fosse estabelecido diferimento ou suspensão de incidência de IBS e CBS em operações com energia elétrica que não fossem voltadas ao consumo. Com isso, seria preservada lógica semelhante àquela atualmente observada na legislação de



ICMS, evitando maior complexidade e a criação de novas obrigações para empresas do setor elétrico. A importância do diferimento será retomada ao longo deste trabalho.

Por enquanto, cabe apenas notar que o relatório da CAE propõe a criação de uma regra de diferimento para a incidência de IBS e CBS em operações de geração, comercialização e distribuição. Apesar de aparentemente positivo, um detalhe causa surpresa: a sugestão de mudança afasta expressamente a aplicação do diferimento para as operações realizadas por transmissoras de energia.

Na prática, isso não alteraria a atual previsão do PLP: as transmissoras seriam tributadas pela prestação do serviço de transmissão no momento que o pagamento

do adquirente se tornar devido. Além de problemas específicos para as transmissoras que serão abordados adiante, essa sugestão causaria distorções para geradoras de energia.

Ora, o relatório prevê que geradoras estarão sujeitas a diferimento, desde que não realizem operações destinadas ao consumo. Logo, uma geradora que realiza vendas para comercializadoras ou que realiza vendas no Mercado Regulado não recolherá IBS e CBS. No entanto, como as transmissoras não estariam sujeitas a diferimento, a parcela da Receita Anual Permitida que é cobrada junto às geradoras seria tributada pelos novos tributos. Por certo, as geradoras apropriariam créditos de IBS e CBS. Sem débitos, considerando a aplicação do diferimento, seriam forçadas a requerer o ressarcimento dos

saldos credores. Não é possível ignorar a promessa trazida no próprio PLP 68 de que esse ressarcimento será célere: em princípio, os valores seriam devolvidos em 180 dias.

No entanto, considerando o reequilíbrio dos contratos de concessão e o repasse do aumento da carga tributária causada pela Reforma, é muito provável que as geradoras paguem mais pelo uso do sistema de transmissão. A recuperação desse ônus adicional viria meses depois, impactando a gestão do caixa da empresa. Se o prazo de devolução for postergado, o problema somente se intensifica.

Tudo isso para dizer que o relatório da CAE, embora sinalize a direção correta, ainda demanda aprimoramento. Além disso, muitas outras emendas apresenta-

das (como aquelas mencionadas acima) possuem previsões relevantes para o setor elétrico e demandam uma atenção especial do Senado Federal.

No entanto, como nem o relatório do CAE e nem as emendas foram objeto de apreciação, os próximos capítulos deste material não aprofundarão o conteúdo de suas sugestões. O foco é o texto do PLP 68, tal como aprovado na Câmara dos Deputados. Não há dúvida de que esse texto provavelmente sofrerá alterações durante a tramitação no Senado Federal. Como mencionado, estaremos sempre acompanhando eventuais mudanças para manter nossos clientes e parceiros atualizados sobre os impactos da Reforma Tributária para as empresas do setor elétrico.

4. Impactos para a geração

4.a. Contratação por disponibilidade:

Sob o título de “setor elétrico”, existem diversas realidades muito distintas. Apesar de todas lidarem com energia elétrica, as atividades de geradoras, transmissoras, distribuidoras e comercializadoras (apenas para citar os segmentos mais tradicionais) revelam peculiaridades tão intensas que demarcam modelos de negócio absolutamente diferentes entre si, além de submeterem-se a regulamentações próprias e inconfundíveis.

Daí a preocupação de observar que todas essas atividades estão sendo tratadas em conjunto, sem qualquer distinção, no Projeto de Lei Complementar nº 68, responsável por regulamentar a instituição do imposto sobre bens e serviços – IBS e a contribuição sobre bens e serviços – CBS no contexto da Reforma da Tributação do Consumo¹.

Não é o caso de analisar novamente o PLP nº 68. Desta vez, o objetivo deste artigo é analisar uma solução que vem sendo proposta ao Congresso Nacional para lidar com o “setor elétrico” e seu potencial de resolver uma situação concreta enfrentada por geradoras de energia.

Em síntese (e sem focar nas diferentes redações e proposições que tratam do tema), discute-se a criação de uma previsão geral de diferimento de IBS e CBS para operações com energia elétrica, de modo que os tributos seriam devidos apenas quando houvesse fornecimento de energia elétrica para consumo. Há, nessas proposições, influência das regras atualmente existentes na legislação do ICMS.

No entanto, o IBS e a CBS possuem fato gerador muito mais abrangente do que “dar saída de mercadoria do estabelecimento”. Ainda que a criação de regras de diferimento ou suspensão para esses novos tributos seja, realmente, recomendável em operações com energia, é possível que nem todas as situações particulares do setor elétrico sejam satisfatoriamente resolvidas por essa eventual previsão de diferimento.

E o exemplo que tomaremos como referência envolve os contratos de energia de reserva por disponibilidade (CER-D), mas boa parte dos comentários a seguir também se aplica aos contratos de comercialização de energia no ambiente regulado (CCEAR) na modalidade por disponibilidade. Simplificadamente, o CER-D é um dos mecanismos exigido pela legislação

para assegurar que o Sistema Interligado Nacional – SIN disponha de energia elétrica em quantidade suficiente para o atendimento das necessidades de todos os usuários. Sua celebração envolve uma geradora, responsável por assegurar determinada potência em relação a uma usina para produção de energia, e a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, na condição de representante dos agentes consumidores.

O primeiro aspecto potencialmente problemático dessa contratação em um contexto de exigência de IBS e CBS, caso o PLP nº 68 não seja aprimorado, reside justamente no elemento “disponibilidade”. No caso, a geradora contratada deve estar à disposição para gerar energia elétrica, sendo remunerada por uma “receita fixa”, independentemente de haver efetiva geração e despacho de energia. Havendo despacho, há, ainda, uma parcela variável devida à geradora calculada com base no montante de energia gerado.

A existência de uma receita fixa para a geradora não é uma exclusividade dos CER-D, sendo observada em outros modelos de contratação. Em todos esses casos, a geradora poderá ser remunerada sem fornecer energia. Embora essa

¹ Conforme pudemos analisar no artigo: <https://www.canalenergia.com.br/artigos/53278065/reforma-tributaria-e-transmissoras-de-energia-impressoes-sobre-o-plc-no-68-2024>

característica pudesse afastar incidência de ICMS, a situação para o IBS e a CBS é distinta. Isso porque esses novos tributos não estão limitados à “circulação jurídica de mercadorias”. O mero fato de uma geradora ser remunerada por “estar à disposição” implicará uma operação tributada pelo IBS e CBS, considerando a grande abrangência da definição de “fornecimento de bens e serviços” adotada no PLP nº 68.

Em relação à receita fixa, portanto, é possível que haja fato gerador sem que ocorra fornecimento de energia. Diante da atual redação do PLP nº 68, diversas dúvidas poderão surgir quanto ao “destino” dessa operação, dificultando a identificação do Estado e do Município competentes para definir a alíquota do IBS. Além disso, ainda que regras de suspensão ou diferimento sejam genericamente estabelecidas para “operações com energia”, há receio quanto à sua aplicabilidade. Ora, seria possível considerar

que uma geradora, ao simplesmente estar disponível, pratica uma “operação com energia”? Considerando o histórico de interpretações fiscais restritivas em matéria de tratamento diferenciado, o receio quanto a esse ponto é justificável, especialmente diante da multiplicidade de autoridades fiscais que estarão envolvidas (federais, estaduais e municipais).

Uma segunda característica do CER-D que demanda cautela envolve a contraparte da sua celebração. Como mencionado, a geradora de energia firma o contrato com a CCEE, que atua como representante dos consumidores de energia. Significa dizer que a geradora está à disposição da CCEE? Ou, no caso de haver efetivamente despacho, haveria fornecimento de energia para a CCEE? Caso a operação seja tributada (isto é, não havendo hipótese de diferimento ou suspensão), poderia alguém sustentar que a localização da CCEE ditaria o recolhimento de IBS, definindo o Estado e o

Município competente. Todavia, a CCEE não é a efetiva beneficiária ou responsável pelo custeio do CER-D.

Justamente esse aspecto leva à terceira característica do CER-D a ser destacada: a forma como são obtidos os recursos para remunerar as geradoras envolvidas na contratação de energia de reserva. Foi mencionado que as geradoras contratadas são remuneradas simplesmente por estarem à disposição.

Não significa, no entanto, que permaneçam sempre ociosas, sem gerar energia elétrica. Caso gerem energia, ainda que não haja necessidade sob a perspectiva do CER-D, o montante gerado é comercializado no mercado de curto prazo – MCP², sendo liquidado em nome da própria CCEE, tomando como base o preço de liquidação de diferenças – PLD. O valor obtido nessa liquidação é, então, destinado para a Conta de Energia de Reserva – CONER.

No entanto, caso o valor obtido nessa liquidação não seja suficiente para “cobrir” a receita fixa assegurada à geradora, faz-se necessário o recolhimento do Encargo de Energia de Reserva - EER, em última análise, pago por todos os consumidores conectados ao SIN. O EER



As atividades de geradoras, transmissoras, distribuidoras e comercializadoras (apenas para citar os segmentos mais tradicionais) revelam peculiaridades tão intensas que demarcam modelos de negócio absolutamente diferentes entre si, além de submeterem-se a regulamentações próprias e inconfundíveis.”

² Também já tivemos a oportunidade de analisar as particularidades tributárias do MCP no contexto da Reforma Tributária: <https://www.canalenergia.com.br/artigos/53281057/mercado-de-curto-prazo-de-energia-eletrica-indefinicoes-na-reforma-tributaria>



também é destinado para a CONER, congregando todos os recursos que serão utilizados para remunerar as geradoras signatárias dos CER-D.

Novamente, surge a dúvida sobre a definição dos entes competentes para definir alíquotas e exigir o IBS: a CCEE pode realizar o pagamento para a geradora de energia, mas o custeio é realizado, indiretamente, por todos os consumidores do Brasil. Importará a “localização” da CCEE ou será efetuado rateio para todos os Estados e Municípios, por onde estão espalhados os consumidores? Seriam esses consumidores os reais “adquirentes” e “beneficiários” da atividade da geradora envolvida no CER-D?

Para além disso, a forma de custeio das geradoras ainda gera outro problema, relacionado a uma possível “dupla” tributação. Isso porque, no caso de consumidores cativos, o EER é um dos componentes da tarifa cobrada pelas distribuidoras de energia elétrica. Em princí-

pio, considerando as previsões do PLP nº 68, significa que o valor referente ao EER será tributado pelo IBS e pela CBS, economicamente suportados pelos consumidores. Quando tais valores são pagos à CCEE, que os destina para a CONER, haveria registro de crédito de IBS e CBS por parte da distribuidora? Afinal, a distribuidora arrecada o recurso, mas deve repassá-lo para a administração da CCEE. Ocorre que as regras de creditamento exigem que o “fornecimento”, para gerar créditos, também deve ser tributado pelos novos tributos. Poderia alguém exigir, portanto, que a CCEE realizasse o recolhimento de IBS e CBS em relação ao EER arrecadado. Seguindo esse raciocínio, a CCEE se transformaria em um contribuinte, tratada como “fornecedora” passível de tributação.

Caso a CCEE não desempenhe esse papel de contribuinte de IBS e CBS (praticando operações tributadas e apropriando créditos), surgiria uma espécie de bis in idem: em uma ponta, a arrecadação da EER seria

tributada pelas distribuidoras, enquanto, na outra ponta, as geradoras seriam tributadas em relação à sua remuneração. Não há mecanismos atualmente previstos no PLP nº 68 para que o tributo pago em uma dessas pontas pudesse ser creditado para abater o tributo apurado na outra.

Poderão alguns dizer que essa problemática já existe, em certa medida, na legislação de PIS e COFINS. Longe de tranquilizar, essa constatação apenas reforça a necessidade de que a futura legislação de IBS e CBS não reproduza equívocos do passado. Essa postura, aliás, é especialmente desejada quando se constata que as alíquotas combinadas de IBS e CBS (em teoria, referenciadas pelo patamar de 26,5%) em muito superam as alíquotas combinadas de PIS e COFINS (no máximo, 9,25% no regime não cumulativo). Ou seja, se já existe um problema hoje, negligenciar aprimoramentos no PLP nº 68 tenderia a potencializá-lo.

O objetivo deste artigo não é retratar todos os detalhes da regulamentação vigente. O que pretendemos, partindo de algumas características marcantes da contratação de energia de reserva, é evidenciar que o setor elétrico possui tantas complexidades que uma solução única, no âmbito do PLP nº 68, voltada para “operações com energia” pode não ser satisfatória. Não há dúvida de que lidar com tantas particularidades é desafiador, ainda mais quando se trata da elaboração de uma lei complementar, voltada para aplicação nacional.

Ocorre que não haverá condições de superar esse desafio enquanto ele não for reconhecido e devidamente compreendido. Felizmente, ainda há tempo para que o Congresso Nacional busque soluções no PLP nº 68 e construa uma solução satisfatória para todas as facetas e realidades do Setor Elétrico, e não apenas para a compra e venda de energia.

4.b Tratamento dos créditos de PIS, COFINS e ICMS

Como visto, PIS, COFINS e ICMS são tributos que deixarão de existir ao longo dos próximos anos. O PIS e COFINS serão substituídos pela CBS já em 2027, enquanto o ICMS (em conjunto com o ISS) passará por uma alteração escalonada até que, em 2033, dará definitivamente lugar ao IBS.

Nesse cenário de transição, é preciso ter cuidado com o tratamento conferido aos créditos desses tributos que tenham sido apropriados antes da sua revogação. Felizmente, o artigo 135 do ADCT, introduzido pela Emenda Constitucional nº 132/2023, prevê que a lei complementar disciplinará a utilização de créditos de PIS e de COFINS “não apropriados ou não utilizados”. No entanto, esse dispositivo exige os créditos que cumpram os requisitos estabelecidos na legislação vigente na data da extinção de tais tributos, o que reforça a importân-

cia do estudo da legislação referente a essas contribuições sociais.

Essa previsão pode contornar um problema enfrentado por empresas titulares de projetos de infraestrutura. Em linhas gerais, a legislação de PIS e de COFINS permite que contribuintes sujeitos ao regime da não cumulatividade apropriem créditos em relação aos gastos incorridos para a construção de ativos imobilizados ou de infraestrutura vinculada a um contrato de concessão (simplificadamente, registro contábil de ativo financeiro ou intangível). Por mais que a parte mais significativa do investimento em CAPEX geralmente se concentre durante a fase de construção, o aproveitamento dos créditos é protraído no tempo. No caso de geradoras que atuem sob permissão, os créditos relativos ao ativo imobilizado serão apropriados conforme o prazo de depreciação (ou, em alguns casos específicos, de forma “acelerada”, em 48 meses). Já para concessionárias, a situação é mais problemática:

o aproveitamento dos créditos se dá ao longo de todo o prazo da concessão, na medida da amortização do ativo intangível ou da tributação das receitas relativas ao ativo financeiro. Referidos créditos, em ambos os casos, não são objetos de qualquer atualização monetária.

Daí a importância do REIDI, que tem como efeito suspender a incidência de PIS e de COFINS sobre as receitas de venda e importações de bens e serviços empregados na construção da infraestrutura, diminuindo os gastos de CAPEX e afastando a apropriação de créditos.

Apesar dos méritos desse regime, existem limites para sua aplicação em relação a setores específicos e uma significativa burocracia relacionada à habilitação do titular do projeto. Como consequência, existem (i) empresas que não obtêm habilitação ao REIDI ou (ii) não conseguem obter a habilitação antes que sejam incorridos gastos relacionados à construção da infraestrutura. Em ambos

os casos, a aquisição de bens e serviços acaba onerada pelo PIS e pela COFINS, gerando o direito ao creditamento. O aproveitamento efetivo, como detalhado, poderá ocorrer ao longo de inúmeros anos, causando distorção quanto ao propósito da não-cumulatividade e ônus financeiro adicional para a concessão.

Caso regularmente apropriados, os créditos cuja utilização foi “diferida” poderão ser utilizados pelos contribuintes quando o PIS e a COFINS forem revogados. Em alguns casos, portanto, haverá uma antecipação de créditos que somente poderiam ser aproveitados no futuro.

No caso do ICMS, o artigo 134 do ADCT também prevê a possibilidade de aproveitamento dos saldos credores existentes ao final de 2032, estabelecendo detalhamento maior quanto à forma de utilização. Aqui, no entanto, surge uma discussão específica para certos segmentos do setor elétrico que demanda cuidado.



O segundo PLP 108, o saldo credor de ICMS passível de ser recuperado a partir de 2033 deve corresponder a crédito (i) “apropriado”, mas não utilizado, e (ii) deve estar devidamente registrado na escrituração fiscal do contribuinte (no caso de ativos imobilizados ou o custo de ativos que levaram ao registro de ativos financeiros, como crédito de “CIAP”, denominação anteriormente usada para “créditos de ICMS do ativo permanente”).

Todavia, existem diversas empresas do setor elétrico que não realizam recolhimento de ICMS por força da aplicação de regras de diferimento ou de substituição tributária. Como consequência, não apropriam créditos de CIAP relativamente ao ICMS incidente sobre as mercadorias adquiridas para construção das linhas de transmissão. Ou seja, na atualidade, todo o valor gasto com essas mercadorias é tratado como custo, sem desdobramento de uma parcela do preço para “ICMS a recuperar”. Essa particularidade destoa dos requisitos do PLP 108: não há créditos apropriados ou escriturados. Logo, pela redação atual do dispositivo, não haveria possibilidade de recuperar o ICMS que onerou as atividades da empresa antes de 2033.

Uma alternativa que vem sendo discutida envolve autorizar o registro de um crédito presumido, que refletiria a recuperação do ICMS suportado na construção da infraestrutura. Essa solução é

lógica, especialmente em um cenário em que não haja criação de uma regra de diferimento da tributação de operações com energia elétrica. No entanto, é necessário considerar que a atribuição de créditos presumidos poderia gerar impactos, por exemplo, em relação ao imposto de renda e à contribuição social sobre o lucro. Ora, seria o caso de uma “subvenção”, sujeita à tributação prevista na Lei nº 14.789/2023.

No caso de geradoras em geral, ainda assim, a criação desse mecanismo pode ser interessante. No caso de concessionárias ou de empresas sujeitas a reequilíbrio contratual, por outro lado, a apropriação de créditos presumidos poderá reduzir a alíquota efetiva de IBS, diminuindo o repasse realizado. Por outro lado, os reflexos para fins de imposto de renda do registro de uma “receita de subvenção” dificilmente seriam objeto de repasse. Ou seja, economiza-se IBS, repassando o benefício para o adquirente; mas a conta do imposto de renda e contribuição social sobre o lucro que surgiriam fica para a empresa.

O exemplo acima ilustra como as soluções construídas no contexto da Reforma da Tributação do Consumo não podem ser pensadas sem considerar os reflexos em relação a outros tributos. De outra forma, uma certa solução pode resolver um problema, mas criar outro.



5. Impactos para a transmissão

5.a. Falta de previsões específicas e peculiaridades da atividade

A atividade de transmissão de energia possui uma série de peculiaridades – jurídicas, regulatórias e contábeis – que justificam, ao menos, a existência de previsões específicas para evitar que a exigência de IBS e de CBS gere dúvidas. No entanto, tanto a versão original do PLP 68 quanto a versão aprovada na Câmara dos Deputados não são satisfatórios em lidar com a atividade de transmissão. Diante disso, cabe apresentar comentários sobre duas questões observadas no PLP 68: a primeira envolve uma sugestão de mudança no PLP 68, enquanto a outra envolve uma dificuldade prática que será enfrentada pelo setor.

Uma dúvida que preocupava o setor de transmissão após a publicação da EC nº 132 é a definição de “local da operação”. Como bem sabe, o IBS, em especial, está pautado pelo princípio do destino: o tributo será devido ao Estado e ao Município onde a operação for realizada. No entanto, não existe um sentido único e inequívoco de “destino”. Vários critérios podem ser adotados: local onde a operação é contratada, endereço do consumidor, estabelecimento do prestador e mesmo o endereço do IP do computador utilizado, no caso de operações via internet.

O PLP 68, tem o mérito de estabelecer

previsões específicas para determinar o “local da operação” no caso de operações com energia elétrica. O artigo 11 do projeto estabelece inúmeros critérios, considerando diversas situações específicas. No seu parágrafo 7º, consta que as operações com energia elétrica estarão sujeitas a regra própria. No caso de prestação direcionada ao consumidor final, o local da operação será onde a energia for disponibilizada. A nosso ver, significa que o local da unidade consumidora definirá onde o IBS será devido. Essa previsão guarda relação com atual legislação de ICMS, que prevê que o destino, em operações com energia elétrica, corresponde ao local onde ocorrerá o seu consumo.

No entanto, muitas vezes não há relação direta entre as transmissoras e os consumidores finais, principalmente quando estes estão conectados ao sistema de distribuição, situação em que se encontram todos os consumidores cativos. Além disso, a transmissora de energia elétrica não realiza, propriamente, operações de compra e venda de energia, inviabilizando a adoção desse critério nessa atividade. Vale relembrar, inclusive, que as transmissoras de energia, em regra, não realizam recolhimento de ICMS atualmente, por força quer de regras de substituição tributária, quer de hipóteses de isenção, sendo que, nesse caso, o ICMS tem sido recolhido pelos consumidores livres, conforme decisão recente do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Aparentemente ciente disso, o inciso II do parágrafo 7º do artigo 11 esclarece que, na hipótese de “geração, transmissão, distribuição e comercialização”, a operação ocorrerá no “local do estabelecimento principal do adquirente”. Apesar de bem-intencionada, a previsão – caso aprovada – gerará dificuldades práticas de aplicação. Afinal, o termo “adquirente” remete àquele que adquire energia elétrica ou àquele que adquire o serviço de transmissão de energia?

Uma abordagem literal do parágrafo 7º sugere a primeira interpretação (adquirente da energia), o que revelaria uma impropriedade do PLP 68. Como mencionado acima, a transmissora não realiza compra e venda de energia. Como regra geral, a transmissora também não identifica um “adquirente” para a energia que passa pelo sistema de transmissão (denominado “Rede Básica”). Nossa sugestão, portanto, é de que o PLP 68 seja alterado para prever expressamente que o critério do destino na atividade de transmissão esteja pautado na localização do estabelecimento adquirente do serviço de transmissão.

Superada essa ambiguidade e assumindo que o “adquirente” esteja relacionado ao serviço de transmissão em si, continuará a existir necessidade de uma compreensão mais profunda sobre essa atividade. Simplificadamente, as linhas de transmissão do Sistema Interligado Nacional (SIN) interligam geradores, dis-

tribuidores e alguns consumidores livres de energia, quando diretamente conectados à Rede Básica.

O Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) desenvolve papel relevante nesse contexto. Representando todas as transmissoras inseridas no SIN. O ONS celebra, na condição de representante das concessionárias de serviço público de transmissão, contratos de uso do sistema de transmissão (CUST) com todos os usuários conectados à Rede Básica (geradores, distribuidoras e certos consumidores livres). Posteriormente, o ONS emite avisos de crédito (AVC) para que cada transmissora realize cobranças contra esses agentes, os quais também recebem os avisos de débito (AVD).

A identificação dos agentes e o rateio dos valores a serem cobrados não estão pautados em ligações físicas com a linha de transmissão operada por cada concessionária, mas nos montantes de uso do sistema de transmissão (MUST) contratados por cada agente. Ou seja, independentemente da proximidade física com cada transmissora, todos os agentes conectados à Rede Básica remuneram todas as transmissoras do SIN. Em princípio, o rateio regulatório poderia ser um critério para definir o “adquirente” do serviço de transmissão de energia, mas considerando cada estabelecimento responsável pelo montante de uso do sistema, e não o estabelecimento principal, pelas razões já comentadas. Nesse

sentido, todos os agentes conectados à Rede Básica (geradores, distribuidoras e certos consumidores livres) seriam “adquirentes”, considerando seus diversos estabelecimentos (filiais e matriz).

A legislação atual já se vale desse critério para uma finalidade específica. Ainda que, como regra, não recolham ICMS, as transmissoras possuem a obrigação de emitir nota fiscal para amparar suas cobranças, conforme prevê o Convênio ICMS 104/2018. Trata-se de um verdadeiro ônus, na medida que as transmissoras são obrigadas a emitir centenas de notas fiscais, uma para cada agente indicado pelo ONS. Imagine, agora, se as transmissoras forem obrigadas a recolher IBS tomando como referência a localização de cada um dos agentes do mercado para os quais emitem nota fiscal.

Como os Estados e os Municípios terão autonomia para definir alíquotas do IBS, as transmissoras teriam a obrigação de conhecer a legislação de 27 Estados e de milhares de Municípios. Ora, se cada agente conectado à Rede Básica for considerado para definir o “destino”, não seria possível recolher o IBS adequadamente sem saber o local do estabelecimento e a alíquota aplicável em cada Estado e Município correspondente. Significa que o recolhimento de IBS estaria vinculado à localização de cada estabelecimento (matriz e filiais)?

No PLP 68, a resposta parece negativa.

A Reforma Tributária gera preocupação para concessionárias de serviço público em relação ao reequilíbrio econômico-financeiro de seus contratos. O PLP 68 possui informações sobre o tema, gerando receio de sobreposição ou contrariedade quanto à disciplina contratual de cada concessão.

Isso porque o inciso II do parágrafo 7º do artigo 11 indica expressamente que o local do adquirente estará vinculado ao seu “estabelecimento principal”, ou seja, onde suas relações econômicas são mais relevantes. Caso essa previsão seja mantida, não haverá necessidade de investigar o local físico de conexão com a Rede Básica ou o local de cada estabelecimento do adquirente (por exemplo, diferentes filiais do consumidor livre). Cada agente contra o qual a transmissora realiza cobrança terá uma única localização; logo, será necessário verificar a legislação de apenas um Estado e de um Município para cada agente indicado pelo ONS no AVC.

Apesar de aparentemente benéfico para as transmissoras, esse ponto pode ser objeto de questionamentos por parte dos Estados e Municípios. Afinal, se apenas a localização do estabelecimento principal atrair competência tributária, um único Estado e um único Município receberão a arrecadação do IBS relativo a todo o serviço de transmissão. Em teoria, esse estabelecimento principal talvez

não tenha sequer montantes de uso do sistema de transmissão (por exemplo, caso a matriz seja a sede administrativa ou comercial). Caso existam outros estabelecimentos “secundários” em outras localidades, os Estados e os Municípios correspondentes não receberão qualquer parcela da arrecadação do IBS. É necessário acompanhar como esses interesses serão manifestados durante a tramitação do PLP 68.

De todo modo, ainda que as previsões acima do PLP 68 não sejam alteradas, as transmissoras continuarão realizando cobranças contra centenas de agentes, podendo chegar a milhares. Ou seja, ainda que cada agente implique o ônus de consultar apenas uma legislação estadual e uma legislação municipal, a transmissora terá o ônus de realizar centenas de consultas. Os custos de compliance e os riscos de questionamento seriam certamente majorados. Esse é o desafio que possivelmente será enfrentado pelas transmissoras de energia caso a redação do PLP 68 seja preservada nos termos acima.

5.b. Reforma Tributária e a contabilidade de concessionárias de serviços públicos

Nesse breve texto, pretendemos contribuir com o debate sobre os impactos da reforma da tributação do consumo para as concessionárias de serviços públicos. Considerando as inúmeras discussões travadas no Poder Executivo e no Poder Legislativo sobre as leis complementares que concretizarão as previsões dessa Emenda Constitucional nº 132/2023, pretendemos destacar algumas questões que nos parecem relevantes, mas que ainda não receberam a devida atenção.

Fugindo das principais discussões geralmente suscitadas até o momento, não nos ocuparemos de previsões particulares para certas concessões ou de questões expressamente endereçadas pela Emenda Constitucional nº 132/2023, como a adoção de mecanismos de *cash-*

-back ou regime especial para bens de capital³. O ponto a ser abordado envolve a intersecção entre a Reforma Tributária e a disciplina contábil das concessões de serviços públicos.

De forma simplificada, a Interpretação do Comitê de Pronunciamentos Contábeis - ICPC 01 estabelece diretrizes para a contabilização de contratos de concessão, correspondendo à versão brasileira da norma internacional de contabilidade denominada IFRIC 12. Baseado em uma avaliação quanto à substância econômica desses contratos, a ICPC 01 identifica diferentes tipos de obrigações de performance que deverão ser observadas por uma concessionária. A identificação de cada uma dessas obrigações significa, em termos práticos, a atribuição de receitas específicas ao seu cumprimento. No caso de concessões precedidas de execução de obra pública, simplificada, é comum observar o registro de: (i) receitas de construção, relacionadas à implementação da infraestrutura da concessão, (ii) receitas de operação e manutenção,

e (iii) receitas financeiras relacionadas à remuneração do capital empregado pela concessionária. A contrapartida de tais receitas poderá ser um ativo financeiro ou um ativo intangível, a depender das características específicas da concessão.

Não é oportuno detalhar essa disciplina contábil, sem dúvida, complexa. Basta ver que o registro contábil dessas receitas de construção está dissociado da emissão de documentos fiscais ou do efetivo recebimento de caixa pela concessionária. No caso de uma transmissora de energia, por exemplo, haverá registro significativo de receitas de construção durante a fase em que a infraestrutura de concessão é construída. No entanto, o recebimento em caixa ocorrerá apenas após a energização da linha de transmissão, quando se inicia a fase de operação. Nessa fase, a transmissora passará a emitir notas fiscais mês-a-mês, observando as orientações do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS). Em termos da contabilidade societária, todavia, a transmissora não realizará novo registro de receitas nesse momento: haverá apenas realização do ativo formado anteriormente, quando as receitas de construção foram registradas.

Atualmente, a legislação de PIS e de COFINS toma a disciplina contábil como referência, mas estabelece ajustes a serem implementados. Em vez de tributar as receitas de construção no período em que são registradas na contabilidade, o artigo 56 da Lei nº 12.973/2014 determina a tributação “à medida do efetivo recebimento”. Evita-se, assim, um descolamento temporal entre o registro contábil de receitas e o efetivo recebimento de caixa. Não se trata de mera opção do legislador por uma espécie de “diferimento”. Uma análise mais aprofundada revela que o legislador tributário deixou de lado a visão econômica indicada no ICPC 01, de modo a preservar as relações jurídicas subjacentes: apesar de registrar receitas de construção, as concessionárias de serviços públicos não são construtoras. Sua tributação, portanto, deve observar o tipo de atividade desenvolvida na concessionária, conforme definido no contrato de concessão.

Em outras palavras, para fins de PIS e de COFINS, a legislação preserva a tributação de “receitas” com base na remuneração efetivamente obtida pela concessionária, por exemplo, por meio da RAP, no caso

³ Tema que tivemos a oportunidade de tratar recentemente. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tributacao-da-infraestrutura-01012024>> Acesso em 7 de fevereiro de 2024.



das transmissoras, de tarifas, no caso de distribuidoras, ou de pedágios, no caso de administradoras de rodovias.

Desde o final de 2023, sabe-se que o PIS e a COFINS têm data marcada para serem extintos: em 2027, serão “substituídos” pela contribuição sobre bens e serviços – CBS. Qualquer um que tenha acompanhado a Reforma Tributária sabe que não apenas uma unificação de tributos ou mudança de nomenclatura: haverá a instituição de um tributo completamente diferente daqueles até então vigentes. Afinal, o fato gerador do PIS e da COFINS se traduz em “obter receita”, enquanto a CBS será guiada por “realizar operações com bens e serviços”. Logo, as soluções trazidas pela legislação atual para lidar com as particularidades contábeis das concessionárias não poderão ser simplesmente transpostas para as leis complementares que regulamentarão a CBS (e, por consequência, do IBS).

Isso não significa que a disciplina contábil das concessões não mereça atenção. Basta pensar que a CBS incidirá sobre “serviços”. Ora, analisando a contabilidade de uma concessionária recém-iniciada (ainda na fase de construção), identificaremos diversas receitas de construção. Seria possível dizer que a concessionária está prestando um serviço de construção e deverá se submeter, de imediato, à CBS? Em outras palavras, o registro contábil de receita será relevante para determinar aspectos materiais (sobre o que incide)

e temporais (quando incide) da CBS? Ou, então, será relevante o momento de emissão de documento fiscal para lastrear a cobrança da remuneração devida à concessionária?

Como se observa, o problema identificado envolve, em primeiro plano, uma questão de timing. Considerar uma concessionária como prestadora de serviço de construção poderia antecipar a incidência da CBS para a fase de construção, de forma totalmente dissociada na disciplina jurídica do contrato de concessão. Porém, em um nível mais aprofundado de análise, haveria risco de uma dupla incidência de CBS. Afinal de contas, a concessionária continuará prestando os serviços abrangidos no objeto do contrato de concessão, provavelmente emitindo documentos fiscais para lastrear a cobrança direcionada, por exemplo, aos usuários do serviço público. Caberia outra incidência de CBS nesse momento? Parece óbvio afirmar que não.

Ocorre que, para a maior parte das concessionárias, não há previsão de regimes tributários diferenciados na Emenda Constitucional nº 132. Há risco, portanto, de que as particularidades enfrentadas pelas concessionárias não sejam adequadamente endereçadas.

O diagnóstico do problema está dado. Cabe, assim, trazer nossa sugestão para resolvê-lo: a tributação de bens e serviços fornecidos por concessionárias demanda

disciplina específica, que esclareça o referencial para a incidência da CBS (e, por consequência, do IBS). Preferencialmente, a lei complementar deverá afastar a relevância dos registros contábeis baseados na ICPC 01, ignorando que a concessionária registra receitas de concessão, a exemplo da legislação atual de PIS e de COFINS.

Seguindo dessa forma, a regulamentação da Reforma Tributária manterá um tratamento coerente: as concessionárias serão tributadas de acordo com a atividade que, da perspectiva jurídica, desenvolvem. Logo, o momento da tributação estará dissociado de registros contábeis, atentando-se para a efetiva cobrança da remuneração a que fazem jus (tarifas, preços públicos, etc). Parece ser o caminho lógico, inclusive para permitir o destaque do IBS e da CBS no documento fiscal emitido nesse momento, amparando a apropriação de créditos pelo adquirente, quando for o caso.

A tentativa de simplificação do sistema tributário não pode ignorar particularidades enfrentadas por determinados setores ou modelos de negócios. A criação de regras gerais, aplicáveis de modo amplo a toda e qualquer situação, deixa de gerar simplificação quando as particularidades de determinado caso geram potenciais distorções, como aquelas apontadas neste artigo. Não se trata de criar diferenciação, mas de lidar com as diferenças – já existentes – de forma adequada.



6. Impactos para a distribuição

6.a. Split payment

Uma das principais alterações propostas no âmbito da Reforma Tributária foi a adoção do modelo de *split payment*, já adotado por outros países que adotam IVA. Naturalmente, não se trata de uma exclusividade das distribuidoras de energia. Ainda assim, a diversificação do faturamento entre os consumidores cativos justifica atenção redobrada para essas empresas.

Em linhas gerais, o *split payment* consiste em um mecanismo de “bifurcação” do pagamento, por meio do qual o valor de uma transação é automaticamente dividido entre o contribuinte e as autoridades fiscais no momento do pagamento pela aquisição de um bem ou serviço. Assim, os valores referentes a tributos são financeira e imediatamente direcionados à liquidação da obrigação tributária, não sendo entregues ao fornecedor do bem ou do serviço, conforme demonstrado a seguir:

O *split payment* tem como um de seus objetivos principais diminuir a sonegação, tendo em vista que a arrecadação não depende de ação do contribuinte, como nos casos clássicos de lançamento



por homologação, mas sim do agente financeiro que participa da transação. Embora a adoção do *split payment* pareça simplificar a arrecadação do ponto de vista do contribuinte, ou seja, não seria necessário fazer o cálculo detalhado para emissão de guia de pagamento dos tributos, ela acarreta novos desafios.

De início, cabe analisar que a Emenda à Constituição nº 132/2023 possibilita a adoção do mecanismo de *split payment* em seu artigo 156-A, parágrafo 5º, inciso II. Esse dispositivo atribui competência a lei complementar para dispor sobre o regime de compensação de créditos, permitindo o estabelecimento de hipóteses em que seu aproveitamento fique condicionado à verificação do efetivo

recolhimento do tributo incidente sobre a operação. A Constituição Federal, todavia, condiciona a possibilidade de aproveitamento de crédito apenas após o recolhimento do tributo caso o adquirente do bem ou do serviço possa efetuar o recolhimento do imposto incidente nas suas aquisições, ou caso o recolhimento do imposto ocorra na liquidação financeira da operação.

O texto constitucional, assim, permite que haja recolhimento tributário em momento prévio ao aproveitamento do crédito. No sistema tributário atual, no momento do recolhimento do ICMS e de PIS e de COFINS, exemplificativamente, também ocorre o aproveitamento dos respectivos créditos. A alteração proposta pela Emenda

à Constituição nº 132/2023 é significativa: o fornecedor de bens e de serviços pode passar a ser obrigado a recolher tributo em momento anterior ao aproveitamento dos créditos a que tem direito.

O PLP 68 trata dessa possibilidade em seus artigos 51 a 55. O artigo 51 indica como será feita a atribuição do pagamento realizado pelo adquirente e o montante tributário devido, ao prever que os arranjos de pagamentos baseados em instrumentos de pagamento eletrônicos deverão vincular documentos fiscais relativos a operações com bens ou com serviços e suas respectivas transações de pagamento, atribuindo ao Comitê Gestor do IBS e da RFB a disciplina da matéria.

Já o artigo 52 do PLP 68 atribui a responsabilidade de segregação do pagamento e o recolhimento ao Comitê Gestor e à RFB dos valores de IBS e de CBS aos prestadores de serviços de pagamento eletrônico, no momento da liquidação financeira da transação.

O PLP 68 prevê, ainda, três modelos de *split payment*. No primeiro, que consideramos ser o ideal, há segregação e recolhimento do tributo ao Comitê Gestor ou à RFB, com consulta prévia ao Comitê Gestor e à RFB, de modo que a liquidação financeira da transação de pagamento considere tanto os valores destacados no

documento fiscal, como o valor dos créditos utilizados pelo fornecedor.

O segundo modelo segue funcionamento similar ao primeiro, porém ocorre na hipótese de não ser possível realizar a consulta prévia ao Comitê Gestor e à RFB. Nesse caso, a segregação e recolhimento dos tributos ocorre com base nos valores brutos destacados no documento fiscal. Em seguida, o Comitê Gestor e a RFB verificam os créditos utilizados pelo fornecedor e transferem a ele o valor pago a maior em até três dias úteis.

O terceiro modelo, chamado de “simplificado”, é previsto como opcional para operações cujo adquirente não seja contribuinte de IBS e de CBS e consiste na aplicação de um percentual pré-fixado para todas as operações do mês, calculado pelo Comitê Gestor ou pela RFB com base no histórico de vendas e de créditos do fornecedor. Em seguida, passa-se à análise dos créditos utilizados pelo fornecedor e à transferência do valor pago a maior em até três dias úteis.

O funcionamento do *split payment*, descrito acima, evidencia um dos primeiros desafios a ser enfrentado pelos contribuintes de IBS e de CBS: o impacto no fluxo de caixa, que afeta, principalmente, empresas que operam com margens de lucro reduzidas. A liquidação imediata de

obrigações tributárias subverte a lógica do sistema tributário atual e diminui as entradas no caixa de fornecedores. Ainda que parte desses valores fosse pago no sistema atual, o recolhimento dos tributos seria feito em momento posterior, e não no momento imediato do recebimento do pagamento de seus consumidores. No modelo proposto pela Reforma Tributária, esse valor, em nenhum momento, chega a entrar no caixa do fornecedor.

O segundo e o terceiro modelos de *split payment*, mencionados acima, gera outro desafio: o impacto no capital de giro do fornecedor. No modelo atual, além de o fornecedor receber o valor bruto da operação, o pagamento dos tributos é feito considerando a utilização de créditos aos quais têm direito. No segundo e no terceiro modelos, entretanto, é feita a segregação do valor total dos tributos, desconsiderando o valor dos créditos do fornecedor. Apenas após três dias úteis o Comitê Gestor e a RFB prosseguiriam com o “ressarcimento” do valor equivalente ao que foi recolhido a maior, ou seja, a diferença entre a aplicação da alíquota no valor da operação e os créditos detidos pelo fornecedor.

Vale ressaltar, ainda, que não há garantia ao cumprimento do prazo de três dias úteis previsto no PLP 68. Ainda que o texto do PLP 68 não seja alterado, a devo-

lução em três dias úteis depende da ação do Comitê Gestor e da RFB. Inclusive, não há previsão de aplicação de multa ou de juros de mora caso o prazo de três dias úteis não seja cumprido.

Outro impacto, de ordem prática imposto pelo *split payment* é a necessidade de contratação de novos sistemas, o que resultará, inevitavelmente, em custos adicionais (e possivelmente elevados) para empresas cujas operações estejam sujeitas ao IBS e à CBS. A adaptação dos sistemas e as negociações com instituições financeiras responsáveis pelos meios de pagamento, encarregadas pela “bifurcação” do pagamento, aumentarão significativamente os custos iniciais para que as empresas se ajustem às exigências da Reforma Tributária.

Assim, o *split payment* impactará amplamente as empresas sujeitas ao IBS e à CBS. Embora esse novo mecanismo possa reduzir os riscos de sonegação e fraude no recolhimento dos tributos e, eventualmente, simplificar o processo de arrecadação no longo prazo, não se pode descartar seus efeitos no curto prazo, especialmente no que se refere ao impacto sobre o fluxo de caixa e o capital de giro dos contribuintes, além dos custos associados à adaptação dos sistemas.



6.b. Perdas não técnicas de energia elétrica na Reforma Tributária: necessidade de ajustes no PLP nº 68/2024

Este breve artigo relacionará uma das principais discussões tributárias enfrentadas pelas distribuidoras de energia elétrica com as mudanças decorrentes da reforma da tributação do consumo. Essa discussão envolve as perdas não técnicas de energia elétrica. Antecipando os pontos a serem tratados a seguir, procuraremos explicar (i) o que são as perdas não técnicas, (ii) qual a controvérsia atual envolvendo PIS e COFINS e (iii) como evitar que essa controvérsia se prolongue no contexto em que IBS e CBS passem a ser exigidos.

Compreendendo as perdas não técnicas

Embora comumente associadas a furtos ou “gatos”, as perdas não técnicas apresentam maior complexidade. Essa espécie de perda não possui causas específicas ou passíveis de determinação exata. Isso porque representam uma diferença, um montante residual. Na regulamen-

tação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, as perdas não técnicas são a diferença entre as perdas totais de energia elétrica e as perdas definidas como “técnicas”. As perdas técnicas, essas sim, são específicas, na medida em que decorrem de percentuais definidos pela ANEEL para refletir a dissipação da energia por fatores físicos (conversão da eletricidade em calor, por exemplo).

Devido a esses fatores físicos, é impossível que toda a energia elétrica injetada no sistema de distribuição (medida em MWh) efetivamente chegue nos pontos de consumo. Ocorre, portanto, uma “perda” entre o montante injetado e o montante que é efetivamente faturado pela distribuidora junto aos consumidores. No entanto, essa diferença não é explicada apenas por fatores físicos inerentes ao “transporte” de energia. A parcela que excede a perda não técnica

é, então, denominada perda não técnica, recebendo um tratamento regulatório específico. Suas causas, como mencionado, são diversas: podem decorrer de furtos, mas também podem ser atribuídas a erros de medição ou erros de faturamento, todas situações em que houve fornecimento de energia, sem que a distribuidora, no entanto, realizasse a cobrança correspondente.

Por certo, as perdas não técnicas não são desejáveis. Ainda assim, representam uma realidade imposta por características socioeconômicas e mesmo culturais de nosso país. Não é o caso de detalhá-las. Basta ver que a regulamentação prevê um tratamento detalhado a seu respeito, sendo importante notar a definição de percentuais regulatórios de perdas não técnicas que são repassadas na tarifa de energia elétrica, paga por

todos os consumidores. As distribuidoras de energia devem adotar medidas para combater as perdas não técnicas para adequá-las a esse referencial regulatório. De outra forma, acabam por suportar o ônus decorrente dessas perdas.

Estorno de créditos de PIS/COFINS relacionado às perdas não técnicas

Para este breve texto, esses comentários simplificados sobre a disciplina regulatória das perdas não técnicas são suficientes. Cabe, agora, detalhar qual a consequência tributária que nos interessa neste momento. Afinal, as perdas não técnicas geram discussões tributárias sobre a sua dedutibilidade na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL⁴. Todavia, o que nos interessa é o reflexo para fins de PIS e COFINS.

⁴ Para esse tema, recomendamos a leitura do capítulo específico de nosso livro “Tributação Federal do Setor Elétrico – Vol. I: distribuição e transmissão”, publicado pela Lumen Iuris. Disponível: <<https://lumen-juris.com.br/direito-financeiro-e-tributario/tributacao-federal-no-setor-eletrico-volume1-2023-4096/p>> Acesso em 18 de outubro de 2024.



No ambiente de contratação regulado, as distribuidoras de energia realizam a aquisição e a revenda de energia elétrica, devendo assegurar quantidade suficiente para fazer frente ao consumo dos usuários, ainda que parte do montante adquirido venha a ser pedido em razão das perdas detalhadas acima. Ainda assim, toda a energia adquirida para revenda permite a apropriação de créditos de PIS e de COFINS para a distribuidora sujeita ao regime de não cumulatividade. Historicamente, a apropriação desses créditos foi realizada sem qualquer diferenciação em relação às perdas, fossem elas técnicas ou não técnicas, contando, inclusive.

A partir de 2016, no entanto, a Solução de Consulta Interna COSIT nº 17 marcou mudança no entendimento das autoridades fiscais, que passaram a exigir estorno dos créditos de PIS e de COFINS em relação à parcela da energia adquirida objeto de perdas não técnicas. O fundamento utilizado pelas autoridades fiscais é o parágrafo 13º do artigo 3º da Lei nº 10.833/2003, segundo o qual deve ser realizado estorno de créditos no caso de os bens que geraram o crédito serem “furtados ou roubados, inutilizados ou deteriorados, destruídos em sinistro”.

Nesse novo cenário, diversas distribuidoras de energia elétrica passaram a ser autuadas pela Receita Federal, com glosa de créditos e exigência de PIS e COFINS supostamente recolhidos a menor. Diversas dessas autuações seguem discutidas

no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF ou perante o Poder Judiciário.

Existem diversos argumentos para sustentar a inaplicabilidade desse dispositivo legal, tais como a existência de repasse das perdas não técnicas (aumentando as receitas passíveis de tributação) ou o fato de essas perdas não estarem limitadas às situações indicadas acima (ou seja, a norma correspondente não seria plenamente aplicável às perdas não técnicas). No entanto, diversas distribuidoras, após uma primeira leva de autuações, passaram a realizar estornos de créditos de PIS e COFINS em relação às perdas não técnicas antes de novos questionamentos.

Teriam as distribuidoras concordado com o entendimento da Receita Federal? A nosso ver, não é uma questão de concordância, mas de buscar uma solução alinhada minimamente à lógica econômica. Como mencionado, perdas não técnicas regulatórias são repassadas na tarifa de energia, ou seja, quem arca com o ônus dessas perdas são os consumidores. Esse não é o único repasse tarifário admitido pela regulamentação da atividade de distribuição. Considerando a classificação como “tributo indireto”, o PIS e COFINS pagos pelas distribuidoras de energia também são objeto de repasse, sendo suportados pelos consumidores. Trata-se de prática assegurada em contratos de concessão, de modo geral, e que foi validada pelo Superior Tribunal de Justiça –

STJ ao analisar o Tema Repetitivo nº 428.

No caso das distribuidoras de energia, o repasse do PIS e COFINS é homologado pela ANEEL a partir de cálculos da alíquota efetiva das contribuições pagas pela concessionária. Negar a apropriação de um crédito ou exigir o seu estorno significa aumento dessa alíquota efetiva. Logo, há um aumento em relação ao repasse de PIS e COFINS e, por consequência, um aumento do custo da energia elétrica arcada pelos consumidores cativos. Em outras palavras, um entendimento da Receita Federal questionável sobre a tributação das perdas não técnicas acaba encarecendo a energia elétrica no Brasil.

As perdas não técnicas na Reforma Tributária

Esse é o cenário já observado atualmente, mas a reforma da tributação do consumo cria um novo risco de que esse custo venha a ser novamente aumentado. Não é o caso de detalhar todas as inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 135, cuja regulamentação está sendo discutida no Congresso Nacional (em especial, o PLP nº 68). Sobre a Reforma, basta ver que o PIS e a COFINS, em conjunto com outros tributos, serão substituídos pelo IBS e pela CBS. Embora atribuídos à competência de diferentes entes (Estados/municípios e União, respectivamente), IBS e CBS compartilharão fatos geradores, bases de cálculo, além

de regras de não cumulatividade e apropriação de créditos.

Daí a preocupação de notar, no artigo 28, parágrafo 7º, do PLP nº 68, previsão muito semelhante àquela observada na legislação atual de PIS e COFINS: o contribuinte deve estornar os créditos de IBS e CBS “caso o bem adquirido venha a perecer, deteriorar-se ou ser objeto de roubo, furto ou extravio”. Essa preocupação não está relacionada ao conteúdo dessa previsão, tomado isoladamente. Isso porque a exigência de estorno busca refletir uma quebra na cadeia comercial: um bem adquirido em uma operação tributada que venha a ser furtado não será mais objeto de uma posterior revenda, assim como também poderá mais ser empregado na produção de outro bem ou na prestação de um serviço. Para aquele bem furtado, não haverá uma etapa subsequente passível de tributação, o que justificaria o estorno de créditos.

A preocupação existe porque previsão semelhante vem sendo, como visto, empregada pela Receita Federal para estornar créditos de PIS e COFINS em decorrência de perdas não técnicas de energia. Mantendo esse racional no contexto de implementação da Reforma, não só a Receita Federal, em relação à CBS, como Fiscos estaduais e municipais passarão a exigir estorno semelhante em relação ao IBS.

E por que essa perspectiva gera preocu-

pações adicionais? Ora, sem a manutenção de créditos em relação a toda a energia adquirida, as alíquotas efetivas de IBS e CBS apuradas pelas distribuidoras serão elevadas, implicando aumento do custo da energia suportado pelos consumidores. No regime não cumulativo, PIS e COFINS possuem uma alíquota combinada de 9,25%. Por outro lado, a expectativa é de que as alíquotas de referência de IBS e CBS totalizem 26,5%.

Ainda que os efeitos da Reforma Tributária na composição do preço da energia praticado para consumidores cativos sejam influenciados por diversos outros fatores, há um receio justo de que certas previsões do PLP nº 68, associado ao entendimento hoje adotado pela Receita Federal para as perdas não técnicas, gerem efeitos extremamente prejudiciais.

Existe uma solução simples que evita o prolongamento das discussões sobre perdas não técnicas próprias ao PIS e à COFINS para um cenário de adoção de IBS e CBS, assim como alivia, por consequência, eventuais aumentos na tarifa de energia elétrica. Objetivamente, basta que o PLP nº 68 afaste expressamente a aplicação do artigo 28, parágrafo 7º, para os casos envolvendo perdas não técnicas.

A rigor, trata-se apenas de um esclarecimento, uma vez que a natureza multicausal das perdas não técnicas já não está abrangida integralmente por todas as hipóteses indicadas naquele dispositivo.

Além disso, o fato de as perdas não técnicas regulatórias serem repassadas na tarifa de energia indica que, mesmo no caso de furto, não houve interrupção da cadeia comercial. Em virtude de previsões contratuais e do arcabouço regulatório, o custo incorrido na aquisição da energia continua gerando obtenção de receita, via repasse tarifário. Nessa situação específica, não parece lógico exigir estorno de crédito. No entanto, considerando o posicionamento da Receita Federal, não é possível se contentar com a lógica: é preciso previsão expressa sobre as perdas não técnicas.

Felizmente, existem parlamentares que já se inteiraram do tema e propuseram emendas ao PLP nº 68, afastando o estorno em relação às perdas não técnicas regulatórias, justamente aquelas que são objeto de repasse tarifário. É preciso que a compreensão desse problema seja difundida, atraindo o engajamento necessário para evitar que uma Reforma que propõe resolver problemas não gere o nocivo efeito de aumentar o custo da energia elétrica dos brasileiros.

Por certo, essa não é a única forma de resolver o problema apontado neste artigo. Existem outras alterações no PLP nº 68 que estão sendo discutidas no Senado Federal (como a criação de mecanismos de diferimento em operações com energia) que também alcançariam resultados satisfatórios. No entanto, esse é um tema para outro momento.



6.c. Cash-back

Uma das principais inovações propostas pela Reforma Tributária consiste no mecanismo do *cash-back*, que permitirá a devolução de valores pagos a título de IBS e de CBS por famílias de baixa renda.

O mecanismo do *cash-back* tem como objetivo reduzir a regressividade do sistema tributário brasileiro atual. A maior parte da arrecadação tributária tem origem na tributação sobre o consumo, realizada por meio dos tributos indiretos. Ocorre que as alíquotas dos tributos indiretos são uniformes para todos os contribuintes, ou seja, aplicam-se da mesma forma independentemente da situação econômica e da capacidade contributiva de cada um.

Assim, produtos considerados como “essenciais”, ou mesmo os destinados às classes de menor renda, como itens da cesta básica e a energia elétrica, ao receberem benefício tributário, acabam favorecendo igualmente todos os contribuintes. Como resultado, tanto um contribuinte cuja remuneração corresponda a um salário-mínimo quanto outro que receba salário de R\$ 100.000,00 mensais pagarão a mesma alíquota, ainda que reduzida, ao adquirir um produto integrante da cesta básica ou consumir energia elétrica.

A fim de promover maior equidade na tributação sobre o consumo, a Reforma

Tributária propõe que parte do IBS e da CBS pagos por contribuintes de baixa renda seja devolvido a eles. Dessa forma, o “benefício fiscal” seria destinado apenas aos contribuintes em situação econômica mais vulnerável.

O artigo 107 do PLP 68 estabelece que o *cash-back* será destinado ao responsável de família de baixa renda cadastrada no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (“CadÚnico”), que possua renda familiar mensal per capita de até meio salário-mínimo, seja residente em território brasileiro e possua inscrição ativa no CPF.

A competência para normatizar, coordenar, controlar e supervisionar a execução do *cash-back*, assim como definir os procedimentos para cálculo do montante e a sistemática de pagamento dos valores devolvidos, foi atribuída à RFB no caso da CBS, e ao Comitê Gestor no caso do IBS, conforme artigos 108 e 109 do PLP 68. Esses órgãos também são responsáveis por definir o período de apuração da devolução dos valores de IBS e de CBS, o calendário e a periodicidade de seu pagamento, entre outros aspectos. O PLP 68 estabelece, contudo, que o prazo para utilização das devoluções não poderá exceder 24 meses.

Em relação ao momento da devolução dos valores de IBS e de CBS, o artigo 110 do PLP 68 estabelece duas hipóteses: (i) devolução no momento da cobrança

da operação, no caso de operações com fornecimento de energia elétrica, água, esgoto e gás natural, ou (ii) em momento distinto nas demais operações, a ser regulamentado.

Embora o PLP 68 atribua à RFB e ao Comitê Gestor a competência por regular o *cash-back*, o parágrafo 2º de seu artigo 110 estabelece limites ao momento do

pagamento para operações descritas na hipótese (ii) acima. A disponibilização dos valores para o agente financeiro deverá ocorrer em até 15 dias após a apuração. Já o agente financeiro deverá transferir os valores às famílias destinatárias em até 10 dias. Dessa forma, o limite máximo para que a família recupere os valores pagos a título de IBS e de CBS permitido pela versão atual do PLP 68 é de 25 dias.

Sistemática simples:



No caso específico de operações com energia elétrica, a Emenda Constitucional nº 132/2023 previu que deve haver cash-back nas operações de “fornecimento de energia elétrica” ao consumidor de baixa renda, e permite que a lei complementar determine que o cash-back seja calculado e concedido no momento da cobrança da operação.

O texto atual do PLP 68 reflete essa permissão indicada pelo texto constitucional. Ou seja, ao prever que a devolução será feita no momento da cobrança da operação, entende-se que o cash-back funcionará como um “desconto” na própria conta de energia elétrica.

Essa previsão é especialmente importante, por reduzir as chances de inadimplência dos consumidores de baixa renda. Explica-se: Atualmente, a tributação do consumo residencial de energia elétrica depende do montante consumido na maioria dos Estados.

A título exemplificativo, o Estado de São Paulo adota as seguintes alíquotas:

Consumo mensal	Alíquotas
Até 90 KWh	Isenção
Entre 90 e 200 KWh	12%
Acima de 200KWh	25%

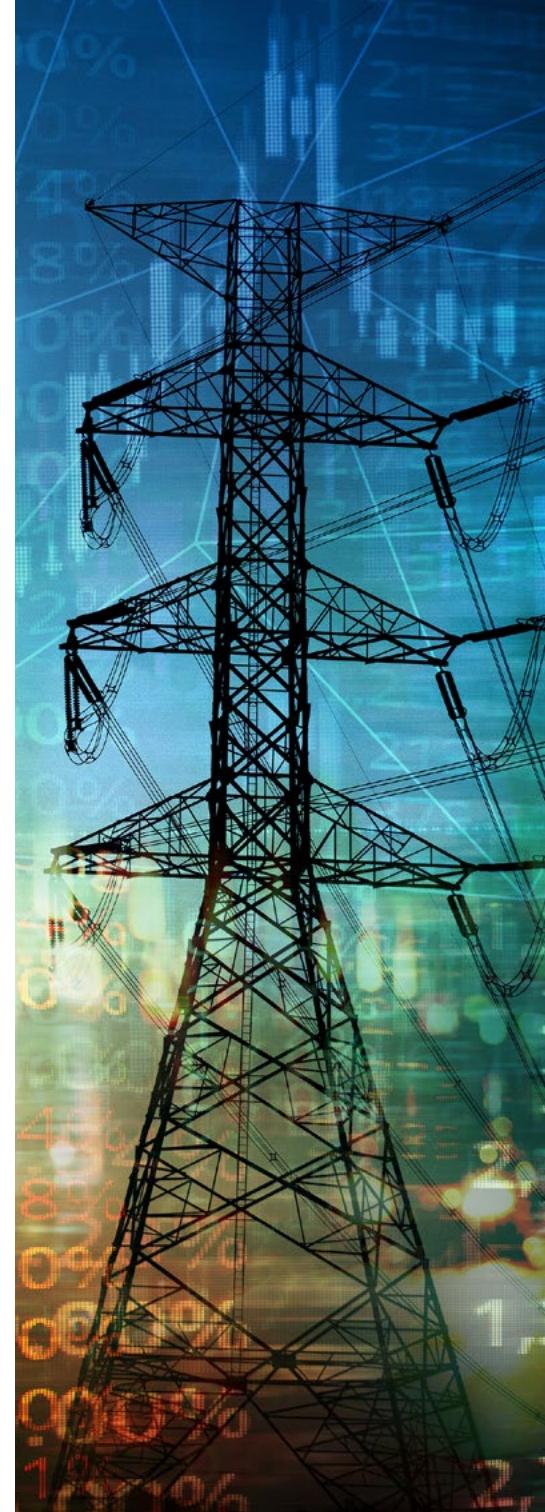
Nesse sentido, muitas famílias domiciliadas em São Paulo não pagam ICMS em sua conta de energia elétrica atualmente. Com a Reforma Tributária, entretanto, haverá incidência de IBS e de CBS sobre o consumo de energia elétrica, sem previsão de isenção ou de alíquota-zero, de modo a tornar a conta de energia elétrica mais cara.

Vale notar que, mesmo que haja previsão de cash-back, ele não será integral. O artigo 112 do PLP 68 prevê que 100% da CBS e 20% do IBS deverão ser objeto de devolução, com possibilidade de aumento do percentual relativo ao IBS pelos Estados e Municípios. Dessa forma, o contribuinte ainda precisará arcar com 80% da alíquota do IBS, de modo a encarecer a conta de energia elétrica.

Além de aumentar o valor da conta de energia elétrica, o que por si só pode elevar o índice de inadimplência, o momento da devolução do cash-back é um fator crucial. Caso a devolução dos valores de IBS e CBS ocorra com descom-

passo temporal, ou seja, algum tempo após o pagamento da conta de energia elétrica, a possibilidade de inadimplência entre famílias de baixa renda pode aumentar.

Ora, considerando que a classe beneficiária do cash-back é composta por famílias de baixa renda, qualquer aumento no valor da conta de energia elétrica, ainda que sensível, pode comprometer o orçamento familiar e gerar inadimplência. Dessa forma, entendemos que a devolução do tributo deve ocorrer de forma simultânea à cobrança, ou seja, no exato momento em que os tributos são cobrados, o valor já deve ser devolvido. Em outras palavras, o cash-back deve funcionar como “desconto” diretamente na conta de energia elétrica do consumidor de baixa renda, evitando impacto financeiro, conforme previsto na versão atual do PLP 68.



7. Impactos para a comercialização

▶ Mercado de Curto Prazo de energia elétrica: indefinições na Reforma Tributária

Uma Reforma Tributária que pretende alterar toda a estrutura da tributação do consumo, desenvolvida ao longo de décadas, enfrentará um desafio inerente à magnitude dessa pretensão: lidar com as inúmeras exceções e regras especiais existentes. A multiplicidade dessas situações específicas, inegavelmente, contribui para a complexidade do sistema. Por outro lado, retirar todas as previsões específicas gera o risco de ignorar as particularidades de certos casos, potencializando distorções.

Este artigo toma o dilema entre “regras gerais e simplificação” e “regras especiais e complexidade” como pano de fundo para uma análise específica: o tratamento tributário das operações com energia elétrica realizadas no Mercado de Curto Prazo – MCP. Conforme se verá, trata-se de situação particular, diante do qual há dificuldade em aplicar algumas diretrizes gerais estabelecidas pela Emenda Constitucional nº 132 e propostas pelo Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 68. O objetivo desse artigo

é demonstrar que a criação de regras específicas na regulamentação do IBS e da CBS para lidar com as operações do MCP, em vez de criar mais complexidade para o sistema, pode contribuir para um tratamento mais consistente.

O que é o MCP?

Antes de detalhar o funcionamento do MCP, é necessário contextualizá-lo na dinâmica do setor elétrico brasileiro, ainda que de forma simplificada, considerando os diversos meandros existentes. Ressalta-se, desde já, que o foco será depositado na perspectiva dos consumidores, ficando a ressalva de que o também MCP é relevante para outros agentes do setor elétrico (como geradores, comercializadores e distribuidoras).

Os consumidores de energia elétrica podem ser divididos em dois grupos: (i) consumidores cativos, que devem obrigatoriamente adquirir a energia elétrica junto à concessionária de distribuição responsável por sua localidade, tomando como base preços tarifados e pré-estabelecidos; e (ii) consumidores livres, que podem adquirir energia elétrica junto a diversos agentes do mercado, valendo de ampla possibilidade de negociação

dos preços e condições de pagamento. Se antes os consumidores livres eram associados a grandes indústrias consumidoras de energia, os esforços de “abertura” do mercado, representados pelas regras previstas na Portaria 50/2022 do Ministério de Minas e Energia, têm propiciado que uma quantidade cada vez maior de consumidores possa ingressar no Ambiente de Contratação Livre – ACL, deixando de se sujeitar a obrigatoriedade de aquisição da energia junto a concessionária de distribuição de sua localidade.

Pode-se dizer que o MCP surge justamente da sistemática do ACL com o objetivo de servir como mecanismo de ajuste e liquidação em decorrência de divergências (positivas ou negativas) entre a energia contratada pelos agentes e aquela efetivamente consumida.

Em resumo, os consumidores livres adquirem energia elétrica, por exemplo, junto a geradoras e comercializadoras mediante contratos bilaterais que devem ser registrados na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE. Ocorre que a quantidade da energia contratada, todavia, poderá não corresponder ao consumo efetivo.



Caso a quantidade de energia respaldada em contratos seja inferior ao consumo de energia, significa que o consumidor livre usou, sem pagar, energia elétrica injetada na rede elétrica por alguém e respaldada por outro contrato. Nesse caso, no momento do fechamento do balanço energético, é identificado que há um déficit de energia (saldo devedor), que deve ser liquidado no MCP mediante pagamento calculado com base no preço de liquidação de diferenças - PLD.

Por outro lado, se a energia contratada é superior à energia consumida, significa que o consumidor livre pagou por uma energia injetada da rede elétrica, mas que foi utilizada por outro agente. Logo, há uma sobra de energia (saldo credor), gerando o direito de receber um pagamento também baseado no PLD.

É importante notar que a indicação de déficit de energia corresponde ao consumo de uma energia injetada por “alguém”, da mesma forma que a sobra de energia é consumida por um outro “alguém”. Isso porque não existe possibilidade de saber, em termos físicos, qual foi a origem ou o destino da energia que faltou ou sobrou. Nesse sentido, o MCP é, por sua natureza, um mecanismo multilateral de liquidação financeira de diferenças.

Ou seja, ao liquidar uma posição devedora ou credora, o agente não sabe quem é a contraparte. Sabe apenas que tem um valor a pagar ou a receber. Cabe à

“ Uma Reforma Tributária que pretende alterar toda a estrutura da tributação do consumo, desenvolvida ao longo de décadas, enfrentará um desafio inerente à magnitude dessa pretensão: lidar com as inúmeras exceções e regras especiais existentes. Por outro lado, retirar todas as previsões específicas gera o risco de ignorar as particularidades de certos casos, potencializando distorções.”

CCEE gerenciar todas essas posições para assegurar que, ao final, todos aqueles que possuem posições devedoras paguem, da mesma forma que todos aqueles que possuem posições credoras recebam.

Como as operações no MCP são tratadas para fins do ICMS?

A descrição acima já permite antever desafios para exigência de ICMS em operações realizadas no MCP. Afinal, trata-se de tributo que, como regra, incide sobre a “saída” da mercadoria. Essa regra também é aplicável a operações com energia elétrica, mas há uma complicação adicional: a Constituição prevê que não existe tributação interestadual de energia. Em linha com o posicionamento do STF (Tema

689), todo o ICMS é devido ao Estado onde ocorre o consumo da energia.

No MCP, todavia, não é possível conhecer a contraparte da operação. Por exemplo, no caso de sobra de energia, não se sabe quem é o “alguém” que consumiu essa energia, inviabilizando, da perspectiva do agente que liquida essa sobra, a determinação do Estado competente para exigir o ICMS.

Ciente dessas complexidades, o Conselho Fazendário Nacional – CONFAZ editou o Convênio ICMS nº 15/2007, estabelecendo diretrizes para a exigência de ICMS em operações realizadas no MCP. Objetivamente, o CONFAZ equiparou a liquidação de posição credora a uma

saída de energia, exigindo a emissão de nota fiscal. Como bem se sabe, o fornecimento de energia elétrica é fato gerador do ICMS. No entanto, como o ICMS incidente sobre a energia elétrica cabe ao Estado onde ocorrer o consumo, o Convênio ICMS nº 15/2007 indica que a nota fiscal emitida pelo agente que liquida posição credora não terá destaque de ICMS. Afinal, a natureza multilateral do MCP impede conhecer o destinatário da sobra, impedindo determinar o Estado a quem o ICMS é devido.

Por outro lado, a liquidação de posições devedoras foi equiparada a uma entrada de energia. Nesse caso, sabe-se exatamente onde a energia foi adquirida e, portanto, utilizada. Em razão disso, o Convênio ICMS nº 15/2007 exige a emissão de uma nota fiscal de entrada e autoriza a exigência de ICMS por parte do Estado onde foi localizado o estabelecimento do consumidor livre que apurou o déficit.

Ou seja, ainda que os liquidantes de posições credoras não recolham ICMS em relação a suas “saídas”, os liquidantes de posições devedoras recolhem ICMS em relação a suas “entradas”. Como o total de “sobras” equivale ao total de “déficits”, significa que todas as operações realizadas no MCP acabam tributadas pelo ICMS.

Apesar dessas diretrizes, não são todos os Estados que exigem a emissão de documento fiscal para o registro das operações do MCP e alguns deles, inclusive,

não exigem sequer o recolhimento do ICMS. Além disso, mesmo as legislações estaduais que adotam o Convênio ICMS nº 15/2007 possuem nuances que as diferenciam. Atualmente já existe, para grupos e empresas com estabelecimentos em diversos Estados, uma dificuldade operacional decorrente dessas diferenças.

De todo modo, conhecer o Convênio ICMS nº 15/2007 é relevante para os comentários apresentados a seguir. No entanto, não significa que suas previsões não sejam, já atualmente, livres de questionamento. É digno de nota o entendimento adotado por diversos contribuintes de que as operações realizadas no MCP não devem ser tributadas pelo ICMS. Não é o momento oportuno para detalhar as razões desse entendimento, cabendo apenas mencionar que: (i) as operações do MCP não envolveriam circulação de mercadorias, mas cessão de posições contratuais, situação fora do campo de incidência desse tributo; e (ii) as sobras corresponderiam a energia que já foi tributada anteriormente, no contexto do contrato bilateral de venda.

O que prevê o PLP nº 68/2023?

Finalmente é possível tratar do ponto central deste artigo: a Reforma Tributária e as operações realizadas no MCP. De imediato, vale indicar que nem a EC nº 132/2023 nem o PLP nº 68/2024 tratam especificamente do MCP. Há, quando muito, previsões gerais sobre a tributação

de operações com energia. Cabe verificar essas previsões gerais.

Com relação ao fato gerador do IBS/CBS, o artigo 4º, inciso I, do PLP prevê sua incidência sobre “operações onerosas com bens ou serviços”. O artigo 3º, por sua vez, apresenta uma definição ampla de “bens”, alcançando “qualquer bem material ou imaterial, inclusive direito”. Essa definição já seria suficiente para abarcar a energia elétrica, mas o parágrafo único do artigo 3º afasta qualquer dúvida ao equiparar “energia que tenham valor econômico” aos bens materiais. Ou seja, o IBS/CBS incidem sobre operações onerosas com energia elétrica.

Mesmo defendendo que as operações no MCP não envolvem compras e vendas de energia, mas cessão de posições contratuais, parece que a amplitude da hipótese de incidência de IBS/CBS também alcançariam essa situação. Afinal, ainda que cessão de posição contratual não envolva operação com energia em si (bem material), corresponderá a uma operação com um direito, igualmente sujeita a esses tributos.

Portanto, o IBS e a CBS incidirão na liquidação de posição credora (sobra), sendo o liquidante provavelmente tratado como um “fornecedor”. Vale, então, indagar: onde esses tributos serão devidos? Como é de conhecimento notório, IBS/CBS são tributos orientados pelo princípio do destino. Esse aspecto é especial-





mente importante para o IBS, já que a localização do destino definirá o Estado e o Município competentes para instituir, definir alíquotas e arrecadar o tributo.

Todavia, não existe um conceito único e inequívoco de destino. Assim, o PLP contempla inúmeras hipóteses, sendo algumas delas voltadas para operações com energia. De acordo com o parágrafo do artigo 11, parágrafo 7º, existem dois critérios para definir destino em operações com energia. O inciso I trata das “operações destinadas a consumidor final”, estabelecendo destino como “o local da disponibilização”. Já o inciso II faz referência às “hipóteses de geração, transmissão, distribuição ou comercialização”, fixando o destino no “local do estabelecimento principal do adquirente”.

Apesar de bem-intencionada, essa proposta demanda aprimoramento significativo. Afinal, o inciso II trata das “hipóteses de geração, transmissão, distribuição ou comercialização”, mas essas hipóteses podem naturalmente envolver “opera-

ções destinadas a consumidor final”, situação tratada no inciso I. Há uma aparente sobreposição entre o inciso I e o inciso II, que poderia ser mais bem esclarecido caso houvesse indicação expressa de que o “local do estabelecimento principal do adquirente” será relevante nos casos que não envolvam fornecimento ao consumidor final.

Deixando essas críticas de lado, cabe verificar que qualquer um dos critérios de destino é inaplicável para operações no MCP. Com o perdão de tornar-se repetitivo, a natureza multilateral do MCP impede o estabelecimento de um elo bilateral entre uma posição credora (sobra) e uma posição devedora (déficit). Ainda que o liquidante de uma posição credora seja tratado como “fornecedor”, não se sabe para quem forneceu. Logo, o fornecedor não sabe onde é o “local da disponibilização” ou “local do estabelecimento principal do adquirente”. O critério de destino trazido no PLP, em sua redação atual, é inaplicável.

Quais recomendações entendemos pertinentes?

Apontado o diagnóstico de inconsistências entre a atual redação do PLP e as peculiaridades do MCP, cabe trazer algumas sugestões de solução. E é justamente aqui que o Convênio ICMS nº 15/2007 ganha relevância.

Se os “fornecedores” (quem apura posição credora) não sabem onde a energia

foi consumida, é certo que aqueles que apuram posição devedora dispõem dessa informação. Afinal, serão nos seus próprios estabelecimentos que terá havido o consumo da energia. Para assegurar a aplicabilidade do critério de destino previsto no PLP no caso de consumo de energia (local da disponibilização), seria possível prever que o consumidor livre que liquidar posição devedora será responsável por realizar o recolhimento de IBS/CBS. Ou seja, no momento de

A complexidade já existe e decorre das características inerentes ao MCP. Não é possível ignorar essa realidade e aplicar regras gerais, pensadas para uma situação diversa. Afinal, como o “fornecedor” de uma sobra de energia definirá o destino em uma operação que, por definição, não tem destino definido?”

realizar o pagamento baseado no PLD, haverá uma espécie de retenção do IBS/CBS devidos.

O PLP, inclusive, já contempla hipóteses de “retenção” do tributo devido (split-payment ou recolhimento pelo adquirente), ainda que não haja regramento específico para uma situação multilateral em que “fornecedor” e “adquirente” não se conhecem. Seria oportuno que essas previsões fossem complementadas com previsões específicas sobre a aplicabilidade nas operações do MCP.

Adotar as diretrizes do Convênio ICMS nº 15/2007, todavia, não é suficiente. Isso porque essas diretrizes também possuem falhas e limitações. Em especial, suas previsões têm gerado distorções quanto ao aproveitamento de créditos por parte do contribuinte que liquida uma posição credora. Como visto, nesse caso, há emissão de nota fiscal sem destaque de ICMS. Diversos Estados, no entanto, exigem estorno do crédito apropriado na entrada anterior dessa energia, sob o argumento de que não houve utilização nas atividades do estabelecimento.

Caso as sugestões acima fossem acatadas, poderia haver dúvida sobre a manutenção de créditos de IBS/CBS anteriormente apropriados por aquele que, depois, apura uma sobra de energia. Afinal, o artigo 30 do PLP prevê que não haverá apropriação de créditos se a operação subsequente estiver sujeita

à isenção. A rigor, todavia, não existe isenção no “fornecimento” dessa sobra: seguindo a lógica acima, haveria tributação, cabendo apenas o recolhimento a todos os “adquirentes” que liquidaram posição devedora. Esse racional já é aplicável atualmente, mas ainda assim existem disputas sobre o tema. Para evitá-las, seria extremamente oportuno que o PLP indicasse, de forma expressa, que a liquidação de sobras não demanda estorno dos créditos correspondentes à aquisição anterior da energia elétrica.

Naturalmente, esse não é o único caminho possível para lidar com o MCP no contexto da Reforma Tributária. Alternativamente à solução baseada no Convênio ICMS nº 15/2007, vale uma reflexão quanto a tributação da energia como um todo, ou seja, considerando todos os agentes participantes do MCP. Como dito anteriormente, a energia é única, ou seja, independente de quem consumiu, aquela quantidade liquidada no MCP já foi, em teoria, tributada pelo fornecedor original. Afinal, trata-se, na outra ponta, de uma sobra: energia contratada, faturada e, portanto, tributada no contexto de uma operação bilateral. A existência dessa tributação, sob o contexto do IBS/CBS, será inquestionável, na medida em que serão abolidos os regimes de diferimento ou substituição tributária atualmente observados na legislação do ICMS.

Sob esse prisma, seria possível afirmar que a exigência do recolhimento do IBS/

CBS pelo agente com posição devedora no momento do ajuste do MCP poderia representar uma verdadeira bitributação, tendo em vista que aquela quantidade física de energia já foi tributada pelo fornecedor original na emissão da nota fiscal referente à venda bilateral. Sob a perspectiva exclusivamente dos contribuintes, portanto, uma alternativa que o PLP poderia adotar é prever que todas as operações com energia liquidadas no MCP não estarão sujeitas a uma nova incidência de IBS/CBS. No limite, seriam estabelecidos mecanismos para redistribuir os valores anteriormente arrecadados para os Estados e Municípios em que foram localizados aqueles que liquidam posições devedoras.

Nesse ponto, é importante que a legislação preveja uma tributação coesa: (i) ou o fornecedor original é autorizado a emitir notas fiscais e tributar apenas a energia efetivamente consumida pelo seu cliente (o que, ressalvamos, geraria uma série de dificuldades e desafios do ponto de vista comercial e econômico) e então o recolhimento do tributo seria exigido do agente com déficit no MCP; (ii) ou toda a tributação ocorreria no momento da emissão das notas fiscais de venda pelos fornecedores originais, e a tributação não seria exigida dos agentes com posição devedora no MCP.

Por fim, vale notar que, caso o PLP seja alterado para contemplar tratamento específico para operações no MCP, não

haverá criação de maior complexidade. A complexidade já existe e decorre das características inerentes ao MCP. Não é possível ignorar essa realidade e aplicar regras gerais, pensadas para uma situação diversa. De outra forma, além de complexo, o sistema será inconsistente e, até mesmo, inaplicável. Afinal, como o “fornecedor” de uma sobra de energia definirá o destino em uma operação que, por definição, não tem destino definido? Diante de perguntas sem respostas possíveis, cabe ao legislador estabelecer uma disciplina específica para lidar com a situação.





vbsso advogados

NOSSA EXPERTISE CONECTADA AO SEU NEGÓCIO



VBSO.COM.BR