SINPAPEL
Sindicato das Indústrias de Celulose, Papel e Papelão no Estado de Minas Gerais
DESDE 1943

INFORME GERENCIAIS

Edição Nº 60/2021 – 07 de dezembro 2021

INCONSTITUCIONALIDADE DA ALÍQUOTA MAJORADA DO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA (EX. REDUÇÃO DE 25% OU MAIS PARA 18%) – PRINCÍPIO DA ESSENCIALIDADE/SELETIVIDADE

Embora a Constituição Federal tenha estabelecido a essencialidade/seletividade como elemento necessário para a fixação da alíquota do ICMS, os Estados, em geral, não observam tal mandamento constitucional, aplicando alíquotas discrepantes, especialmente no que diz respeito ao serviço de fornecimento de energia elétrica, já que incidem sobre tal operação alíquotas superiores à alíquota genérica de 18%.

A alíquota de ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica deve ser fixada em 18%, sob pena de flagrante violação a Constituição Federal, tendo o consumidor direito à restituição dos valores pagos indevidamente a maior nos últimos 5 anos, tidos estes como sendo a diferença entre a alíquota majorada cobrada no período, e a alíquota de 18%, aplicável na espécie.

Assim, é o entendimento consolidado do E. Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, e do E. Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (REsp 1143396/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 05/11/2013, DJe 12/11/2013.) Atualmente, está pendente de julgamento do pedido de modulação para que produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro, haja visto o julgamento do mérito. Ter ocorrido dia 23/11/2021.

INCONSTITUCIONALIDADE DO ICMS SOBRE A TUSD/TUSD

As pessoas físicas quanto as jurídicas, arcam mensalmente com o pagamento das respectivas faturas de energia elétrica e para assegurar aos prestadores de serviço recursos suficientes para cobrir os custos operacionais, as concessionárias de energia elétrica cobram dos usuários, além do valor relativo ao consumo (produção de energia), os custos de distribuição, transmissão, de encargos setoriais e de tributos.

Ao pagar as faturas de energia elétrica, encontra-se o ICMS, que incide sobre o valor do fornecimento e consumo da energia elétrica. Ocorre que a referida exação é calculada sobre o valor global da fatura, incluindo os custos de distribuição e de transmissão, valores esses que oneram excessivamente os consumidores.

Deve-se ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, em casos análogos, reconheceu a ilegalidade da inclusão dos custos de distribuição e de transmissão na base de cálculo do ICMS sobre o fornecimento e consumo de energia elétrica. Por tais razões, é possível a propositura de medida judicial para afastar a incidência do ICMS sob os custos de distribuição e transmissão de energia elétrica, bem como recuperar os valores pagos indevidamente, nos últimos 05 (cinco) anos, devidamente atualizados.

NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE DEMANDA CONTRATADA (DEMANDA DE POTÊNCIA E DEMANDA DE ENERGIA NÃO UTILIZADA

O Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede de Repercussão Geral, não haver a incidência de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica não utilizada, fixando a tese de que "a demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo do desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor".

Assim, tem os consumidores de energia, compelidos ao recolhimento do ICMS sobre aludida demanda contratada, o direito líquido e certo de não mais ser compelido à cobrança a maior do ICMS, bem como efetuar a restituição e compensação das quantias indevidamente recolhidas nos últimos 05 anos do ajuizamento da ação, devidamente atualizados.

LIMITE DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PARAFISCAIS (SALÁRIO EDUCAÇÃO, INCRA, SEBRAE, ETC.): 20 S.M.

As contribuições parafiscais recolhidas por conta e ordem de terceiros, tais como o salário-educação e as contribuições destinadas ao INCRA, SEBRAE, ao Fundo Aeroviário e ao denominado "Sistema S" (Sesc/Senac, Sesi/Senai, Sest/Senat, Sescoop e outros) se subsumem à norma do art. 149 da Constituição da República de 1988, que estabelece a competência exclusiva da União de instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias, como instrumento de sua atuação nas áreas respectivas.

Assim, a Secretaria da Receita Federal do Brasil tem exigido contribuições sociais calculadas com base na folha de pagamento, conforme prescreve o art. 240, da Constituição e legislação afeta ao tema.

Contudo, a lei estabeleceu um limite máximo de 20 vezes o maior salário-mínimo vigente no país para cálculo das contribuições sociais devidas à Previdência Social e a terceiros, com base na folha de pagamento.

Em que pese não haver uma decisão definitiva em sede de controle de legalidade, o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, negou provimento a recursos interpostos pela Fazenda Nacional, reconhecendo que "no que diz respeito às demais contribuições com função parafiscal, fica mantido o limite estabelecido pela lei, já que o Decreto-Lei dispunha apenas sobre fontes de custeio da Previdência Social, não havendo como estender a supressão daquele limite também para a base a ser utilizada para o cálculo da contribuição ao INCRA e ao salário-educação".

Portanto, possível a propositura de medida judicial para afastar a pretensa incidência em comento, bem como para assegurar a restituição dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 05 anos pela empresa.

Fonte: Nelson Wilians Advogados.