|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
| * 1. **Assunto:** | **:** | **base de cálculo energia elétrica; mercado livre de energia; devec** |

**Consulta 024/19**

**I – RELATÓRIO**

A consulente, sediada no município de Barra do Piraí, vem solicitar esclarecimentos desta Superintendência acerca da base de cálculo do ICMS-ST, cobrado, por responsabilidade tributária, pela distribuidora de energia, dos adquirentes no mercado livre.

O processo NÃO se encontra instruído com cópias reprográficas que comprovam a habilitação do signatário para peticionar em nome da empresa. Às fls. 33 está consignado apenas que o signatário seria o representante legal. Não constam cópias de procurações, contrato social, documento de identificação do signatário, etc..

Às fls. 04 consta o DARJ do pagamento da TSE, no valor de R$ 278,59, data do pagamento em 29/11/2018. Valor condizente com o disposto na Portaria SUAR n.º 19/2017 para enquadrados no Simples.

A repartição de jurisdição informa, às fls. 34, que a petição e documentação apresentada estão de acordo com o disposto no artigo 151 e 152 do Decreto n.º 2.473/1979. Informa também que a consulente não se encontra sob ação fiscal.

A empresa inicia sua argumentação afirmando que passou a operar no mercado livre de energia elétrica a partir de 01/06/2018, seguindo todos os tramites legais necessários, que os valores das notas fiscais de aquisição da energia são encaminhados à SEFAZ através do DEVEC, mas que a concessionária de energia local, responsável pela distribuição, não considerou os valores relativos ao consumo informados à SEFAZ (via DEVEC) para a emissão das suas faturas, nos períodos de junho/2018 a outubro/2018. A consulente anexou cópias de extratos do DEVEC, das notas dos fornecedores de energia no mercado livre e de contas de energia elétrica emitida pela distribuidora local, dos períodos acima mencionados.

Isto posto, consulta, às fls. 32 *(sic):*

“Diante de todo o exposto, solicitamos esclarecimentos quanto a base de calculo do ICMS real, nos informando se possível qual a formula empregado. Ressaltando que a Concessionária Light informa que é apenas um agente arrecadador de ICMS, conforme copia de e mail em anexo.”

**II – ANÁLISE e FUNDAMENTAÇÃO**

Preliminarmente, reproduzimos abaixo partes do Livro II do RICMS/RJ, já com a redação dada pelo Decreto n.º 46.196/2017, relevantes para a presente consulta. Informamos ainda, que o texto do Regulamento é baseado no disposto no Convênio ICMS n.º 77/2011. Destacamos o disposto no artigo 3º-B e seu parágrafo 2º.

***Art. 3.º-A.****Fica atribuída a responsabilidade pelo pagamento do imposto incidente nas sucessivas operações internas e interestaduais com energia elétrica destinada a este Estado, desde a importação ou produção até a última operação da qual decorra a saída com destino a estabelecimento ou domicílio onde deva ser consumida por destinatário que a tenha adquirido mediante contrato de compra e venda firmado em ambiente de contratação livre, na condição de sujeito passivo por substituição tributária:*

*I - à empresa distribuidora que praticar a última operação em referência por força da execução de contratos de conexão e de uso da rede de distribuição por ela operada, firmados com o respectivo destinatário que deva conectar-se àquela rede para fins do recebimento, em condições de consumo, da energia elétrica por ele adquirida de terceiros;*

*II - ao destinatário que, estando conectado diretamente à rede básica de transmissão, promova a entrada de energia elétrica no seu estabelecimento ou domicílio para fins de consumo próprio.*

*Parágrafo Único - Na hipótese do inciso I, a distribuidora deverá enviar à SEFAZ arquivo digital contendo informações relativas a cada estabelecimento ou domicílio, situado no território fluminense, que estiver conectado à linha de distribuição ou de transmissão integrante da rede de distribuição, por ela operada, em razão da execução de contratos de conexão e de uso da referida rede, por ela firmados com a respectiva pessoa jurídica destinatária, para fins do consumo da energia elétrica objeto da operação.*

***Art. 3.º-B.****A base de cálculo do imposto das operações será o valor da última operação, nele incluídos o valor devido, cobrado ou pago pela energia elétrica, os valores e encargos cobrados pelas empresas responsáveis pela operação da rede ou da linha de distribuição ou de transmissão à qual estiver conectado o destinatário e quaisquer outros valores e encargos inerentes ao consumo da energia elétrica, ainda que devidos a terceiros.*

*§ 1.º Na hipótese do inciso I do art. 3.º-A, o destinatário da energia elétrica deverá prestar, para fins da apuração da base de cálculo de que trata o caput, declaração do valor devido, cobrado ou pago pela energia elétrica por ele consumida no mês imediatamente anterior para o conjunto de todos os seus domicílios ou estabelecimentos localizados na área de abrangência do submercado Sudeste/Centro-Oeste, conforme definido na Resolução 402, de 21 de setembro de 2001, da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), ainda que essa área alcance, total ou parcialmente, o território de outras unidades federadas.*

*§ 2.º Na ausência da declaração de que trata o § 1.º ou quando esta, a critério do fisco, não mereça fé, a base de cálculo do imposto, na hipótese do inciso I do art. 3.º-A, será o preço praticado pela empresa distribuidora em operação final, relativa à circulação de energia elétrica objeto de saída por ela promovida com destino a domicílio ou estabelecimento localizado neste Estado, onde a energia elétrica deva, por força da execução de contrato de fornecimento firmado sob o regime da concessão ou permissão da qual ela for titular, ser consumida pelo destinatário em condições técnicas equivalentes de conexão e de uso do respectivo sistema de distribuição.*

***Art. 3.º-F.****As geradoras e distribuidoras de energia elétrica, bem como os consumidores e terceiros que façam parte das operações tratadas no art. 3.º-A devem, adicionalmente, observar o disposto no*[*Convênio ICMS n.º 77*](http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/faces/owResource.jspx?z=oracle.webcenter.doclib%21%21UCMServer%2523dDocName%253A2758081%21%21CONV%25C3%258ANIO%2BICMS%2B77%2BDE%2B05%2BDE%2BAGOSTO%2BDE%2B2011..html)*, de 5 de agosto de 2011.*

Temos ainda o disposto na Lei n.º 2.657/1996, relativo ao fato gerador associado à entrada de energia elétrica no estado, conforme inciso XV do artigo 3º, cuja base de calculo, de acordo com o inciso XI do artigo 4º, é o valor de que decorrer a entrada da energia.

*Art. 3º - O fato gerador do imposto ocorre:*

*XV - na entrada em território do Estado de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrente de operações interestaduais.*

*Art. 4º - A base de cálculo, reduzida em 90% (noventa por cento) se incidente o imposto sobre as prestações de serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros executados mediante concessão, permissão e autorização do Estado do Rio de Janeiro, inclusive os de turismo, é*

*XI - no caso do inciso XV do artigo 3º, o valor da operação de que decorrer a entrada; e*

Na situação de contribuinte adquirente de energia de fora do estado no mercado livre, a distribuidora é responsabilizada pelo pagamento do imposto por substituição tributária, de acordo com o disposto no Livro II do RICMS (e no Convênio ICMS n.º 77/2011).

De acordo com o disposto no artigo 3º-B, a base de cálculo é o valor devido (cobrado ou pago) na última operação de fornecimento, acrescido de todo e qualquer valor ou encargo cobrado do adquirente. Observamos que o destinatário deve fornecer, para fins de apuração dessa base de cálculo, declaração com o valor devido pela energia por ele **consumida** no mês anterior (conforme parágrafo 1º do artigo 3º-B).

Com o advento do DEVEC, as informações /declaração do adquirente são ali fornecidas. Entendemos que o valor da base de cálculo para o imposto a ser retido é, no mínimo, o valor cobrado pelo fornecedor do outro estado. Este valor pode ser acrescido do valor associado ao uso da linha de transmissão da distribuidora, nomeada substituta tributária.

Observamos que, dessa forma, a base de cálculo do imposto retido satisfaz o disposto na Lei 2.657/1996, que determina que esta seja o valor de que decorrer a entrada da energia no estabelecimento do adquirente.

Temos ainda a possibilidade prevista no parágrafo 2º do artigo 3º-B, onde o valor devido pela energia consumida não ter sido declarado pelo adquirente ou não merecer fé (a critério do fisco), a base de cálculo do imposto a ser retido será o valor da energia cativa praticado pela distribuidora.

Temos ainda o disposto no inciso I do parágrafo 1º do artigo 13 da Lei Complementar n.º 87/1996 – Lei Kandir, conforme abaixo, que determina que o imposto integre a sua própria base de cálculo.

*§ 1° - Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:*

*I - o montante do próprio imposto, constituído o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;*

Por fim, temos o disposto no anexo XV Da Parte II da resolução SEFAZ nº 720/14, especificamente no artigo 18, que regulamenta os procedimentos da distribuidora de energia elétrica. Destacamos o consignado no item 3 da alínea “d” do inciso I que determina que a Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica contenha o valor da operação, nele incluindo o montante do ICMS, o consignado no inciso IV do parágrafo 1º, e o consignado no parágrafo 8º do Inciso II, conforme abaixo:

*Art. 18 - A empresa distribuidora de que trata o inciso I do artigo 14 deverá, nos termos do disposto no inciso I do artigo 3ºA do Livro II do RICMS:*

*I - relativamente à operação descrita no inciso I do artigo 14, emitir, mensalmente, a Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, modelo 6, de que trata o inciso VI do artigo 5º do Livro VI do RICMS na qual deverão constar, além dos demais requisitos previstos na legislação, as seguintes informações:*

*d) quanto à discriminação da operação:*

*3. o valor da operação, nele incluindo o montante do ICMS, observado o disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo;*

*§ 1º - O valor da operação referido no item 3 da alínea “d” do inciso I do caput deste artigo deve corresponder ao resultado da soma dos seguintes valores, dele integrantes, ainda que devidos a terceiros:*

*IV - o montante do ICMS devido, a ser integrado à soma dos valores indicados nos incisos I, II e III deste parágrafo.*

*§ 8º - A distribuidora poderá optar pela emissão da Nota Fiscal de que trata o caput do § 1º sem incluir no somatório os valores previstos no inciso II do § 1º, os quais, nesta hipótese, deverão constar de Nota Fiscal autônoma para fins de cobrança de ICMS incidente sobre os encargos de conexão e de uso do sistema de distribuição.*

Analisando a documentação anexada pela consulente, fica claro que a consulente apresentou a declaração de valor, pelos extratos do DEVEC. Ou seja, não houve omissão de declaração. Constata-se que a distribuidora cobra, em separado, os valores relativos ao uso de sua linha, com a emissão de notas fiscais específicas da TUSD e do ICMS-ST para cada período. Nas notas fiscais da distribuidora relativas à cobrança do ICMS-ST, percebe-se a citação do valor do custo médio da energia consumida, constante nos respectivos extratos do DEVEC, que multiplicado pela quantidade consumida de MWH, resulta no valor utilizado para o cálculo do montante devido, **incluindo o valor do próprio imposto na base de cálculo do ICMS-ST.** Ou seja, a distribuidora simplesmente dividiu o valor referente à energia consumida (obtida pelo preço médio informado pelo adquirente no DEVEC) por 0,68, já que a alíquota do imposto sobre energia elétrica, no Rio de Janeiro, é de 32%. (100-32 = 68), para obter o valor da base de cálculo do imposto.

Foi analisada a documentação referente a outubro/2018, onde o custo médio é R$ 264,12, a quantidade consumida é 104,117. Valor da operação será R$ 27.499,38. A base de cálculo, incluindo o valor do próprio imposto, será de R$ 40.440,26 (27.499,38 dividido por 0,68). Finalmente o ICMS-ST resultante será de R$ 12.940,88 (alíquota de 32%).

Por fim ressaltamos que a repartição fiscal AFE 03 – Energia Elétrica e Telecomunicações, gestora do DEVEC disponibilizou um e-mail para dúvidas relativas ao sistema, [devec@fazenda.rj.gov.br](mailto:devec@fazenda.rj.gov.br) e que, recentemente, foi publicada a Resolução n.º 19/2019, alterando o anexo XV da parte II da Resolução n.º 720/2014, regulamentando, dentre outros, os procedimentos para o consumidor do mercado livre de energia peticionar para revisão de valores. Destacamos o disposto no seu artigo 17-A.

**III – RESPOSTA**

Quanto ao questionamento da consulente respondemos que a base de cálculo do ICMS-ST, relativo à entrada interestadual de energia elétrica, cobrado pela distribuidora, por responsabilidade tributária, de adquirentes do mercado livre é o valor da energia consumida na última operação de entrada, acrescido dos demais encargos associados, relativos ao uso das linhas de distribuição. Na hipótese de ausência da declaração de valor de custo médio consumido ou desconsideração desse valor pelo fisco, a distribuidora deve utilizar o valor da energia cativa para o cálculo do ICMS-ST. A base de cálculo deve ser calculada considerando que o imposto integra sua própria base de cálculo.

Fique a consulente ciente de que esta consulta perderá automaticamente a sua eficácia normativa em caso de mudança de entendimento por parte da Administração Tributária, ou seja, editada norma superveniente dispondo de forma contrária.

A repartição fiscal deverá anexar documentação comprobatória que comprove a habilitação do signatário em postular em nome da empresa, antes de formalizar a ciência da resposta.

CCJT, em 28 de março de 2019.