



Composição da conta de energia na geração distribuída e a inconstitucionalidade da cobrança do ICMS

Gabriela Camargo de Alvarenga e Daniela de Andrade

Gero minha própria energia e ainda preciso pagar imposto? Porque é indevida a incidência de ICMS sobre as tarifas TUSD/TUST nos casos de geração distribuída.

terça-feira, 12 de abril de 2022
Atualizado às 08:09

Compartilhar

0 Comentar

Siga-nos no Google News

A - A +



(Imagem: Artes Migalhas)

Com os sucessivos aumentos na conta de luz, os consumidores - pessoas física e jurídica - buscam alternativas para diminuir suas despesas. Por isso, muitos passaram a investir na geração distribuída, termo designado à geração própria de energia elétrica, sendo a mais popular atualmente a que provém da instalação de placas solares, cujo retorno ocorre em até 5 anos do início de seu uso, como apontam estudos¹.

Só para o ano de 2022, a associação do setor estima um crescimento de mais de 91,7% sobre a capacidade atual instalada no país. No entanto, aqueles que já pesquisaram sobre as vantagens do uso desta modalidade e os que já se utilizam, notaram que ainda recebem mensalmente cobrança da concessionária de energia elétrica, reguladas pela ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica.

Daí vem o questionamento do porquê de o "prossumidor" (aquele consumidor que produz)² não ter sua conta zerada. Para entender a questão, vamos recorrer às normas que regem a modalidade.

A ANEEL, por meio da resolução normativa 482/12, criou o sistema de compensação de energia elétrica, autorizando os consumidores a gerarem sua própria energia, como forma de incentivo a esta prática.

Isto acontece da seguinte maneira: o consumidor, através da instalação de pequenas usinas e pequenos geradores se utilizam da energia produzida e o excedente se transforma em "**créditos de energia**", que serão medidos em quilowatts-hora e cedidos para a distribuidora e depois compensados, com validade de até 60 meses, como estipulou a ANEEL.

Para aqueles que já possuem instalações de geração de energia, em grandeza suficiente para consumo próprio, a conta recebida deveria vir zerada, certo? **Não**. Mesmo que a geração própria seja superior à consumida por uma unidade, a conta de energia emitida pela concessionária nunca será zerada.

Isto porque, ela é composta dos seguintes valores, para os casos de geração distribuída:



- **Taxa mínima uso**³: que segue as regras da resolução normativa 414 de 2010 da ANEEL, variando de acordo com o padrão de conexão de cada consumidor - monofásico, bifásico e trifásico;
- **CIP ou Cosip - Contribuição de Iluminação Pública**: que tem por finalidade o financiamento da iluminação coletiva e está prevista no art. 149-A da Constituição, inserido pela EC 39/02;
- **TUSD - Tarifa de Utilização de Serviços de Distribuição e TUST - Tarifa de Utilização de Serviços de Transmissão**: tanto a TUSD quanto a TUST se referem ao sistema de entrega de energia elétrica aos consumidores, uma vez que compõem a rede de instalações, transformadores, postes e outros componentes. No caso da geração distribuída, na forma da legislação atual, é realizada uma compensação da energia consumida e a energia gerada, sendo o saldo transformado em crédito. Assim, o saldo remanescente transformado em crédito vem discriminado na conta como "energia ativa injetada";
- **ICMS sobre a TUSD/TUST**: ponto central do presente artigo.

Importante pontuar que, no início deste ano, foi sancionada a lei 14.300/22, o **Marco Legal da Geração Distribuída**. Para aqueles que já têm projetos de micro e minigeração em uso, e os que realizarem instalações em até 12 meses após a publicação da lei, isto é, até 7/1/23, as regras se manterão as mesmas da RN da ANEEL, até 2045.

Por outro lado, aqueles que não pretendem investir em geração distribuída até o início do próximo ano estarão sujeitos às regras de transição, que impactarão no sistema de créditos mencionado. Sobre o saldo de energia produzida não utilizado pelo consumidor, será descontado um percentual para custear a infraestrutura (TUSD).

Pois bem, feitos estes esclarecimentos, vamos ao ponto: a polêmica acerca da TUSD/TUST compor a base de cálculo do ICMS não é recente. Não é por outro motivo que ainda está pendente de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça o tema 986, no âmbito do qual o STJ deve decidir de forma sobre o tema. Até o momento a jurisprudência é favorável ao contribuinte, sob o argumento de que o imposto estadual deve ser cobrado sobre o valor da operação de circulação da mercadoria - neste caso a energia elétrica, e não sobre as tarifas cobradas nas fases anteriores.

Ocorre que, no caso ora tratado **sequer estamos falando sobre energia disponibilizada pela distribuidora, mas da energia gerada pelo próprio consumidor**. Ou seja, não há aqui qualquer circulação de mercadoria, nem operação de compra e venda. A pessoa, física ou jurídica, que gera sua própria energia o faz como forma de planejamento financeiro e não dependência de terceiros.

Importante mencionar que o convênio ICMS 16/15 do CONFAZ autorizou os estados a concederem isenção de ICMS na energia compensada pelo consumidor, desde que o seu sistema de geração distribuída seja de até 1MW. Mas a realidade é que estamos diante de evidente não incidência do imposto, de modo que não espaço para concessão de isenção.

Ocorre que, ainda que fosse possível conceder isenção, alguns estados⁴ entendem que ela não abrangeria a TUSD e a TUST. Note-se, curiosamente, que nos casos de energia distribuída sequer se fala em cobrança da terceira tarifa que compõe a conta de energia elétrica TE - Tarifa de Consumo de Energia, de modo que a interpretação destes estados claramente tornaria o convênio inócuo.

Pois bem. Como a própria ANEEL definiu na resolução de 2012, o sistema de compensação de energia elétrica é baseado no "*empréstimo gratuito da energia gerada pelo consumidor à distribuidora*". E não há o que se falar em hipótese de incidência do ICMS quando não estiverem presentes os seus elementos materiais constitucionalmente definidos: (i) mercadoria, (ii) operação e (iii) circulação.

Primeiro, porque a energia elétrica gerada não pode ser tratada como mercadoria, uma vez que é um excedente emprestado⁵ pelo prossumidor à companhia distribuidora de energia elétrica e não um bem comercializado de maneira habitual e objeto principal da empresa.

Segundo, porque o micro ou minigerador tem como objetivo utilizar a energia produzida por ele. Por consequência, não há que se falar em operação, uma vez que não ocorre venda do excedente injetado na rede de distribuição, mas sim um empréstimo gratuito.

Terceiro, porque, com relação à circulação, o STJ, já corroborado pelo STF (tema 1099), consolidaram o entendimento de que o simples deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte não constitui fato gerador do ICMS (súmula 166). Assim, embora ocorra a circulação física da mercadoria, não há que se falar em circulação jurídica. Frise-se que toda a energia excedente estará disponível como crédito para que o mesmo contribuinte se utilize dela, como determina a citada resolução da ANEEL.

Assim, nota-se que, com razão, o debate sobre a ilegalidade da cobrança do ICMS sobre a TUSD/TUST na geração distribuída vem crescendo nas cortes do país, sobretudo, na justiça estadual do Mato Grosso, cuja base econômica é o agronegócio. Em agosto de 2021, Cuiabá foi apontado pela ABSOLAR - Associação Brasileira de Energia Solar e Fotovoltaica como o município com o maior consumo de energia solar do Brasil.

Já em fevereiro deste ano, o TJ/MT suspendeu a cobrança do ICMS sobre a energia destinada ao autoconsumo, no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Partido Verde (ADIn 1018481-79.2021.8.11.0000). Veja-se:

A relatora do processo, desembargadora Maria Aparecida Ribeiro, entendeu a cobrança como inconstitucional já que o consumo de energia produzida no âmbito do sistema de compensação de energia e elétrica (microgeração e minigeração de energia distribuída - energia solar) não tem objetivo de comercialização e sim para autoconsumo.

No caso da energia elétrica produzida pela unidade consumidora com micro ou minigeração, embora haja circulação física da mercadoria quando a produção excedente (que não pode ser estocada) é injetada na rede da distribuidora local, nada indica que haja circulação jurídica propriamente dita. Isso porque a energia elétrica injetada não deixa o patrimônio jurídico do produtor/consumidor: ela é meramente emprestada, a título gratuito, à distribuidora, gerando um crédito que pode ser utilizado em até sessenta meses por meio do sistema de compensação previsto na resolução ANEEL nº 482/12", explica a magistrada em seu voto.⁶

Em outras decisões encontradas, fundamentos como este vêm embasando as decisões, que têm sido favoráveis aos prossumidores:

"Não deve incidir ICMS sobre TUSD referente ao sistema de compensação de energia solar, pois trata-se de operação em que não houve a comercialização de energia, não ocorrendo o fato gerador do tributo estadual". (AI 10183994820218110000 de 08/03/2022).

Está nítida, portanto, a inconstitucionalidade da cobrança do ICMS sobre as tarifas na geração distribuída, vez que não representam a materialização do fato gerador do ICMS, estando ausentes todos os elementos constitucionalmente postos, definidores da hipótese de incidência deste tributo. E esta discussão é relevantíssima, especialmente no atual contexto de busca de economia e incentivo à geração de energia de fontes sustentáveis, como usualmente é o caso do mini e microgerador.

1

<https://canalsolar.com.br/em-quanto-tempo-o-sistema-solar-retorna-o-investimento/#:~:text=Tipicamente%20o%20payback%20E2%80%93%20tempo%20de,recupera%20todo%20o%20valor%20investido;https://solstar.com.br/2021/07/22/retorno-do-investimento-em-energia-solar/>

2 Prosumer, no original em inglês, é uma combinação das palavras producer e consumer (produtor e consumidor, respectivamente). Prossumidor, portanto, é o consumidor que produz. <https://negociossc.com.br/blog/prossumidor-o-significado-do-consumidor-moderno-para-o-marketing/>

3 Em contas de luz em que não há geração distribuída envolvida, a "taxa mínima" é substituída pela "TE - Tarifa de Energia", que é o valor consumido mensalmente em R\$/MWh.

4 Atualmente, possuem tal entendimento os Estados de SP, RJ, SC, RS, PR, GO, SE e PE

5 Art. 1º, XIV da Lei nº 14.300, de 6 de JANEIRO de 2022 - Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE): sistema no qual a energia ativa é injetada por unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída na rede da distribuidora local, cedida a título de empréstimo gratuito e posteriormente compensada com o consumo de energia elétrica ativa ou contabilizada como crédito de energia de unidades consumidoras participantes do sistema; e Art. 2º, III da RN 482 da ANEEL - sistema de compensação de energia elétrica: sistema no qual a energia ativa injetada por unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída é cedida, por meio de empréstimo gratuito, à distribuidora local e posteriormente compensada com o consumo de energia elétrica ativa.

6 <http://www.tjmt.jus.br/noticias/66808#Yk8ra8jMKUK>



Gabriela Camargo de Alvarenga

Advogada tributarista do Sperling Advogados. Graduada em Direito pela PUC-RIO e Pós-Graduada em Direito Financeiro e Tributário pela UERJ.

Sperling Advogados

Sperling Advogados



Daniela de Andrade

Coordenadora da Consultoria Tributária do Sperling Advogados. Graduada em Direito pela UFMG e em Ciências Contábeis pela PUC-Minas, além de Pós-Graduada em Direito de Empresa pela PUC-Minas.

Sperling Advogados

Sperling Advogados

Siga-nos no Google News



PUBLICIDADE

Mgalhas
Seu guia diário!
+ 2.800 verbetes

MANUAL-REDAÇÃO JURÍDICA

Indispensável a todos os usuários do idioma!

Adquira já!

livrariamgalhas.com.br

CONTEÚDO RELACIONADO

Exame da lei complementar 192/22 que regulamenta a tributação monofásica do ICMS incidente sobre os combustíveis

Kiyoshi Harada

Nada justifica que o preço da gasolina passe a custar da noite para o dia R\$ 7,07 até R\$ 11,00, conforme a região, enquanto no País vizinho, a Argentina, que não produz uma gota de petróleo, o preço da gasolina é fornecido a R\$ 4,20.

segunda-feira, 14 de março de 2022
Atualizado às 16:33

Compartilhar

2 Comentar

Siga-nos no Google News

A - A +



(Imagem: Arte Mígalhas)

Com o agravamento da crise do combustível, decorrente da guerra entre a Ucrânia e a Rússia, governo e Congresso Nacional se apressaram em aprovar, em poucos dias, a tributação única incidente nas operações com combustíveis e lubrificantes referidos no art. 155, § 2º, inciso XII, letra *h* da Constituição Federal.

O PLC 11/2020 originário do Senado Federal foi aprovado no dia 10/03/22 e no dia seguinte ele foi aprovado na Câmara dos Deputados, sendo sancionado no mesmo dia, 11-3-2022, como lei complementar 192.

Tratou-se de uma celeridade inusitada logrando a aprovação e sanção de uma lei complementar, que exige o quorum qualificado em cada uma das Casas Legislativas, em menos de três dias.

Isso prova que em havendo vontade política tudo é possível, ao contrário, dos projetos legislativos para regular a tributação pelo ITCMD de doações e heranças provenientes do exterior que estão se arrastando nos escaninhos do Congresso Nacional por mais de três décadas. A omissão legislativa tem provocado litígios permanentes e sangria considerável nos cofres estaduais.

Todavia, essa lei complementar não regulou por inteiro o disposto na letra *h* do inciso XII retrorreferido que alude, também, a lubrificantes. O legislador preferiu deixar a questão dos lubrificantes para outra oportunidade tendo em vista a urgência reclamada em relação à política tributária dos combustíveis.

Analisemos em rápidas pinceladas os principais aspectos da lei complementar 192/22 que padece dos vícios incuráveis da inconstitucionalidade.

A Constituição Federal em seu art. 155, § 2º, alínea *h* prescreve:

"XII - cabe à lei complementar:

[...]

h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, *b*; (Incluída pela EC 33, de 2001) (Vide EC 33, de 2001).

O inciso X, *b*, por sua vez, dispõe:

"X - não incidirá:

[...]

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;"

O art. 1º da lei sob comento institui o regime de tributação monofásica do ICMS em relação às operações com combustíveis.

O art. 2º, por sua vez, define os combustíveis a serem submetidos ao regime de incidência única na cadeia de circulação de mercadorias:

"Art. 2º Os combustíveis sobre os quais incidirá uma única vez o ICMS, qualquer que seja sua finalidade, são os seguintes:

I - gasolina e etanol anidro combustível;

II - diesel e biodiesel; e

III - gás liquefeito de petróleo, inclusive o derivado do gás natural."

A seu turno, reza o art. 3º dessa lei:

"Art. 3º Para a incidência do ICMS nos termos desta lei complementar, será observado o seguinte:

I - não se aplicará o disposto na alínea *b* do inciso X do § 2º do art. 155 da Constituição Federal;

II - nas operações com os combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo;

III - nas operações interestaduais, entre contribuintes, com combustíveis não incluídos no inciso II deste caput, o imposto será repartido entre os Estados de origem e de destino, mantendo-se a mesma proporcionalidade que ocorre nas operações com as demais mercadorias;

IV - nas operações interestaduais com combustíveis não incluídos no inciso II deste caput, destinadas a não contribuinte, o imposto caberá ao Estado de origem;

V - as alíquotas do imposto serão definidas mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, nos termos da alínea *g* do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, observado o seguinte:

- a) serão uniformes em todo o território nacional e poderão ser diferenciadas por produto;
- b) serão específicas (*ad rem*), por unidade de medida adotada, nos termos do § 4º do art. 155 da Constituição Federal; e
- c) poderão ser reduzidas e restabelecidas no mesmo exercício financeiro, observado o disposto na alínea c do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal."

Como se verifica, com a implantação do regime de tributação monofásica dos combustíveis fica afastada a aplicação do art. 155, § 2º, inciso X, alínea b da Constituição Federal (operação interestadual com petróleo, lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos e energia elétrica). A lei complementar sob análise nada mais fez do que repetir o que expresso está no já citado art. 155, § 2º, inciso XII, alínea h da CF.

Doravante os combustíveis definidos nos incisos I a IV do art. 2º deverão sofrer tributação única por ocasião da saída dos combustíveis do estabelecimento do produtor e daqueles que lhe sejam equiparados e por ocasião do desembaraço aduaneiro, na hipótese de importação (art. 4º e 5º).

A tributação pelo ICMS nas operações com combustíveis derivados de petróleo ocorre no Estado onde correr o consumo (inciso II, do art. 3º). Preservou-se o princípio de favorecimento do Estado consumidor proclamado pelo STF de longa data. A maioria dos Estados não são produtores de petróleo.

Entretanto, os incisos III e IV desse art. 3º, excetuados o diesel e biodiesel, estabelecem regimes de tributação monofásica diferenciada conforme o destinatário em outro Estado seja contribuinte, ou não contribuinte do ICMS.

No caso de operações interestaduais *entre contribuintes*, o imposto será repartido entre os Estados de origem e de destino, mantendo a mesma proporcionalidade que ocorre nas operações com as demais mercadorias (inciso III).

Na hipótese de operações com combustíveis destinados a *não contribuintes* situados em outro Estado, o imposto caberá ao Estado de origem (inciso IV). E aqui reside a nota discordante à medida que conflita abertamente com o inciso VII, do § 2º, do art. 155 que confere a difal ao Estado de destino, qualquer que seja o destinatário das mercadorias, contribuinte ou não contribuinte. Vejamos:

"VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;" (Redação dada pela EC 87, de 2015)

Em sua redação original, esse inciso VII, realmente, distinguia o regime de tributação conforme o consumidor final localizado em outro Estado seja contribuinte ou não contribuinte do imposto, mas, essa situação foi alterada com o advento da EC 87/2015.

Tudo indica que o legislador complementar extrapolou em sua atividade ao regulamentar erroneamente o disposto no § 4º, do art. 155 da CF, *in verbis*:

"§ 4º Na hipótese do inciso XII, h, observar-se-á o seguinte: (Incluído pela EC 33, de 2001)

I - nas operações com os lubrificantes e combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo; (Incluído pela EC 33, de 2001)

II - nas operações interestaduais, entre contribuintes, com gás natural e seus derivados, e lubrificantes e combustíveis não incluídos no inciso I deste parágrafo, o imposto será repartido entre os Estados de origem e de destino, mantendo-se a mesma proporcionalidade que ocorre nas operações com as demais mercadorias; (Incluído pela EC 33, de 2001)

III - nas operações interestaduais com gás natural e seus derivados, e lubrificantes e combustíveis não incluídos no inciso I deste parágrafo, destinadas a não contribuinte, o imposto caberá ao Estado de origem; (Incluído pela EC 33, de 2001)

IV - as alíquotas do imposto serão definidas mediante deliberação dos Estados e Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, g, observando-se o seguinte: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) serão uniformes em todo o território nacional, podendo ser diferenciadas por produto; (Incluído pela EC 33, de 2001)

b) poderão ser específicas, por unidade de medida adotada, ou ad valorem, incidindo sobre o valor da operação ou sobre o preço que o produto ou seu similar alcançaria em uma venda em condições de livre concorrência; (Incluído pela EC 33, de 2001)

c) poderão ser reduzidas e restabelecidas, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b." (Incluído pela EC33, de 2001)

Resulta desse cristalino texto do § 4º que nas operações com combustíveis derivados de petróleo o imposto caberá ao Estado onde correr o consumo. Nesse particular o inciso II do art. 3º da LC 192/2022 está em perfeita sintonia com a norma constitucional.

Importante notar que o inciso II, do § 4º, do art. 155 da CF determina a repartição do ICMS entre os Estados de origem e de destino *apenas* em relação aos combustíveis não abrangidos pelo inciso I, ou seja, combustíveis que não sejam derivados de petróleo.

Da mesma forma, o inciso III, desse § 4º *confere ao Estado de origem* o imposto quando se tratar de operação interestadual que destine a não contribuinte mercadorias *que não sejam combustíveis derivados de petróleo* a que alude o inciso I.

O legislador complementar ao invés de distinguir os combustíveis definidos no art. 2º com outros tipos de combustíveis como, por exemplo, aquele derivado de carvão mineral, ou outros produtos para prescrever regime tributário diferenciado fez a *indevida distinção* entre o diesel e biodiesel (Inciso II, do art. 2º) e demais combustíveis, igualmente, derivados do petróleo para deferir o ICMS ao Estado de consumo, n'um caso, e ao Estado de origem n'outro caso, colidindo com o já citado inciso VII, do § 2º, do art. 155 da CF que confere o imposto ao Estado de consumo *em qualquer situação*, seja o consumidor final contribuinte ou não contribuinte do imposto. A EC 87/2015 que alterou a redação do inciso VII estabeleceu um regime de transição no art. 99 do ADCT, nos seguintes termos:

"Art. 99. Para efeito do disposto no inciso VII do § 2º do art. 155, no caso de operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outro Estado, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual será partilhado entre os Estados de origem e de destino, na seguinte proporção:

I - para o ano de 2015: 20% (vinte por cento) para o Estado de destino e 80% (oitenta por cento) para o Estado de origem;

II - para o ano de 2016: 40% (quarenta por cento) para o Estado de destino e 60% (sessenta por cento) para o Estado de origem;

III - para o ano de 2017: 60% (sessenta por cento) para o Estado de destino e 40% (quarenta por cento) para o Estado de origem;

IV - para o ano de 2018: 80% (oitenta por cento) para o Estado de destino e 20% (vinte por cento) para o Estado de origem;

V - a partir do ano de 2019: 100% (cem por cento) para o Estado de destino."

Mal começaram as discussões em torno da LC 190/2022, esta lei complementar abre nova frente de demandas judiciais intermináveis ao extrapolar os limites do § 4º, do art. 155 da CF, comprometendo o objetivo da lei de contornar a crise dos combustíveis que caminha

perigosamente para o comprometimento de nossa economia.

Outrossim, o inciso V, do art. 3º permite que os Estados por intermédio do Confaz definam diferentes alíquotas *ad rem* (por unidades de medida adotada) uniformes em todo o território nacional que "poderão ser reduzidas e restabelecidas no mesmo exercício financeiro, observado o disposto no art. 150, inciso II, alínea c da Constituição Federal "

A defeituosa redação conferida à letra c do inciso V, do art. 3º da lei sob comento poderá conduzir a uma interpretação conflitante. Como preservar o princípio da anterioridade se o texto prescreve a faculdade de reduzir e restabelecer as alíquotas no mesmo exercício financeiro? Quis o legislador, na verdade, dizer que os efeitos da lei só se produzirão no exercício seguinte ao da sua aprovação e sanção.

Outrossim, a diferenciação de alíquotas entre combustíveis igualmente essenciais, além de tornar complexa a legislação, não encontra amparo na faculdade prevista no inciso III, do § 2º, do art. 155 da CF que permite a fixação de alíquotas seletivas em função da essencialidade de produtos e serviços.

A noção de essencialidade há de ser buscada mediante confronto dos combustíveis discriminados no art. 2º da lei complementar 192/2022 com os demais produtos e serviços, nunca entre os próprios combustíveis aí previstos, todos eles igualmente essenciais no mundo contemporâneo.

A fixação de alíquotas monofásicas dar-se-á por intermédio do Confaz mediante a observância de intervalo mínimo de 12 meses entre a primeira fixação e o primeiro reajuste dessas alíquotas, e de seis meses para os reajustes subsequentes (§ 4º, do art. 6º).

Na definição dessas alíquotas *ad rem*, os Estados e o Distrito Federal observarão as estimativas de evolução do preço dos combustíveis de modo que não haja ampliação do peso proporcional do tributo na formação do preço final ao consumidor (§ 5º, do art. 6º).

Fixar alíquotas *ad rem* em função das estimativas de evolução do preço dos combustíveis em um momento de excepcional alta dos preços desses combustíveis poderá não trazer os benefícios pretendidos pelo legislador.

Enquanto não for implantado o regime de tributação monofásica a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária, será, até o dia 31 de dezembro de 2022, em cada Estado e o Distrito Federal, a média móvel dos preços médios praticados ao consumidor final nos 60 (sessenta) meses anteriores à sua fixação (art. 7º)

De positivo, com efeito prático imediato resta apenas o art. 9º que zerou a alíquota do PIS/PASEP-Cofins incidentes sobre os combustíveis, até 31 de dezembro de 2022, sem prejuízo à manutenção do respectivo crédito fiscal. Positiva, também, a redução da alíquota a zero do PIS/PASEP-Cofins incidentes na importação de óleo diesel e suas correntes, de biodiesel e de gás liquefeito de petróleo, derivado de petróleo e de gás natural, e de querosene de aviação, até 31 de dezembro de 2022 (parágrafo único do art. 9º).

Tendo em vista a excepcionalidade da conjuntura vigente, bem como, o estado de calamidade pública em vigor, esse benefício não afronta a legislação eleitoral que veda a concessão de benefícios em ano eleitoral. Tampouco exige a elaboração do impacto econômico-financeiro e adoção de medida de compensação como exige o art. 14 da LRF.

No geral, a lei sob comento, aprovada com inusitada rapidez com atropelo de normas constitucionais, cria mais problemas do que resolve.

Nada indica que os Estados irão deliberar por via do Confaz a redução substancial de alíquotas uniformes considerando que eles continuam mantendo alíquotas de 25% em confronto com a alíquota normal de 17% ou 18% conforme o Estado, apesar de o STF ter declarada a sua inconstitucionalidade em relação à energia elétrica, um bem essencial tanto quanto os combustíveis.

Além disso, a inconstitucionalidade manifesta dos incisos III e IV, do art. 3º, que retomam a redação original do inciso VII, do § 2º, do art. 155 da CF, irá redundar em intermináveis litígios judiciais aumentando a insegurança jurídica que reina na atualidade, primeiramente como decorrência da regulamentação desse inciso constitucional pelo Convênio ICMS Confaz 93/2025 declarado inconstitucional pelo STF por usurpação de competência reservada à lei complementar, e agora, pela lei complementar 190/2022, igualmente, contestado por meio de várias ADIs por exceder dos limites das atribuições cometidas à da lei complementar (art. 146, inciso I a III da CF).

Seria preferível manter a legislação tributária como está e forçar os Estados a obedecer a seletividade de alíquotas que está prevista no inciso III, do § 2º, do art. 155 da CF na linha do decidido em relação à energia elétrica, de um lado e de outro lado, fixar uma política de preços do petróleo e seus derivados desatrelados da variação cambial e da oscilação do preço do barril de petróleo no mercado internacional.

Fala-se muito em poupar prejuízos à Petrobrás, sem que até hoje ninguém tivesse examinado esse suposto "prejuízo" mediante confronto do valor pago pela importação da gasolina e do diesel e do valor recebido pela estatal como decorrência da exportação de todo o petróleo bruto produzido na camada do pré-sal. Todos escondem esses dados com receio de revelar uma verdade inconveniente, como dizia Al Gore. O certo é que a Petrobras é uma das mais prósperas multinacionais dos últimos tempos.

A incapacidade de refinação de petróleo extraído da camada do pré-sal está a demonstrar a necessidade de investimentos na área de refinação para que possamos nos livrar da dependência externa. Mas, isso é um projeto para um estadista que não temos mais. Da mesma forma, continuamos exportando pedras preciosas brutas e importando pedras lapidadas.

De igual modo, o País precisa investir na recuperação de malha viária, bem como expandir essa malha viária, a fim de baratear o custo do transporte de produtos e mercadorias que abastecem os grandes centros consumidores, e investir, também, no meio de transporte multimodal estabelecendo uma interação entre transporte terrestre, ferroviário e marítimo, para facilitar e agilizar o fluxo de cargas no Brasil.

Por derradeiro, em tempos de crise, como a que estamos vivenciando, cabe ao governo subsidiar o preço dos combustíveis. O Estado deve existir em função do povo e não o contrário. Nada justifica que o preço da gasolina passe a custar da noite para o dia R\$ 7,07 até R\$ 11,00, conforme a região, enquanto no País vizinho, a Argentina, que não produz uma gota de petróleo, o preço da gasolina é fornecido a R\$ 4,20.

Registre-se, por fim, que a juíza da 9ª Vara Federal de Brasília, na ação civil pública ajuizada pelo Conselho Nacional de Transporte e Cargas e outras entidades, concedeu a medida liminar para determinar que o governo se manifeste em 72 horas sobre o elevado aumento dos combustíveis (aumento de 18,8% para a gasolina, 24,9% para o diesel e 16,1% para o gás de cozinha).



Kiyoshi Harada

Sócio do escritório Harada Advogados Associados. Especialista em Direito Tributário pela USP. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário - IBEDAFT.



EDITORIAS

Migalhas Quentes
Migalhas de Peso
Colunas
Migalhas Amanhecidas
Agenda
Mercado de Trabalho
Migalhas dos Leitores
Pílulas
TV Migalhas
Migalhas Literárias
Dicionário de Péssimas Expressões

SERVIÇOS

Academia
Autores
Migalheiro VIP
Catálogo de Escritórios
Correspondentes
e-Negociador
Eventos Migalhas
Livreria
Precatórios
Webinar

ESPECIAIS

#covid19
dr. Pintassilgo
Lula Fala
Vazamentos Lava Jato

MIGALHEIRO

Central do Migalheiro
Fale Conosco
Apoiadores
Fomentadores
Perguntas Frequentes
Termos de Uso
Quem Somos

MIGALHAS NAS REDES



ISSN 1983-392X

