



# Receita Federal

Coordenação-Geral de Tributação

Erro: Origem da  
referência não  
encontrada

Fls. 1

Solução de Consulta nº 330 - Cosit

**Data** 27 de dezembro de 2018

**Processo**

**Interessado**

**CNPJ/CPF**

## **ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

**RETENÇÃO TRIBUTOS. ENERGIA ELÉTRICA. POTÊNCIA GARANTIDA. EFETIVO FORNECIMENTO. PERCENTUAL DE RETENÇÃO.**

Os pagamentos efetuados pela garantia de uma determinada potência não se confundem com os pagamentos efetuados pelo efetivo fornecimento de energia elétrica, devendo ser aplicados, para fins de retenção na fonte do IRPJ, da CSLL, da Cofins e da Contribuição para o PIS/PASEP, de que tratam o art. 64 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e o art. 34 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, os percentuais de 5,85% (cinco inteiros e oitenta e cinco centésimos por cento) quando o pagamento referir-se ao efetivo fornecimento de energia elétrica, e 9,45% (nove inteiros e quarenta e cinco centésimos por cento), quando o pagamento for referente à manutenção de potência garantida

## **SOLUÇÃO DE CONSULTA PARCIALMENTE VINCULADA À SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 31, DE 27 DE MARÇO DE 2018.**

**Dispositivos Legais:** MP nº 2.209, de 2001, art. 1º, § 1º; Lei nº 9.430, de 1996, art. 64; Lei nº 9.249, de 1995, art. 15; Lei Complementar nº 87, de 1996, art. 12, I; Lei nº 5.172, de 1966, art. 116, II; Resolução Aneel nº 414, de 2010, art. 2º, XXI; IN RFB nº 1.234, de 2012; IN RFB nº 1.396, de 2013, arts. 9º, 22 e 32; Solução de Divergência Cosit nº 5, de 2006; ADI SRF nº 10, de 2006.

## **Relatório**

Trata-se de consulta a respeito da interpretação da legislação tributária federal, protocolada em 3/5/2017, sob o rito disciplinado pela Instrução Normativa (IN) RFB nº 1.396, de 17 de setembro de 2013.

2. A consulente, por meio de seu representante legal, identifica-se como autarquia federal, apresentando a situação a seguir.

3. Traz como matéria da consulta a obrigatoriedade de retenção de tributos e contribuições sobre pagamentos efetuados por entidades da administração pública federal, relativos ao fornecimento de bens e serviços, na forma disciplinada pela IN RFB nº 1.234, de 11 de janeiro de 2012. Nesse campo, destaca os pagamentos relativos a serviços de fornecimento de energia elétrica, em cujos contratos inclui-se a modalidade operacional denominada manutenção de potência garantida, também referida como demanda contratada.

4. Faz referência ao Ato Declaratório Interpretativo (ADI) SRF nº 10, de 20 de setembro de 2006, conforme o qual são aplicáveis as alíquotas de 5,85% (cinco inteiros e oitenta e cinco centésimos por cento) sobre os pagamentos relativos ao efetivo fornecimento de energia elétrica, e de 9,45% (nove inteiros e quarenta e cinco centésimos por cento) sobre os pagamentos relativos à manutenção de potência garantida.

5. Menciona também na fundamentação legal, a IN SRF nº 480, de 15 de dezembro de 2004, IN RFB nº 1.234, de 11 de janeiro de 2012, e o art. 64 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

6. Diante do que expõe, apresenta os seguintes questionamentos:

6.1. Qual o valor a ser considerado para fins de aplicação da alíquota de 9,45% a título de manutenção de potência garantida: o valor destacado na fatura como demanda contratada, conforme valor fixado em contrato, englobando toda a potência contratada independente do valor efetivamente utilizado/medido, ou o valor resultante da diferença entre a demanda contratada e a demanda utilizada/medida?

6.2. Caso a resposta à pergunta anterior seja o valor obtido pela diferença entre a demanda contratada e o consumo medido, tal valor deve estar explicitamente destacado na fatura para fins de aplicação da alíquota de 9,45%, ou basta ser possível a sua obtenção a partir dos demais dados constantes da fatura?

## **Fundamentos**

7. O presente processo de consulta tem seu regramento básico estatuído nos arts. 46 a 53 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e nos arts. 48 a 50 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Sua regulamentação deu-se por meio do Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011. No âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), a matéria é normatizada pela IN RFB nº 1.396, de 16 de setembro de 2013.

8. Inicialmente, cumpre esclarecer que o processo de consulta tem como finalidade a obtenção de esclarecimentos a respeito da interpretação da legislação tributária, nas hipóteses admitidas pelas normas de regência do instituto. Não constitui meio para manifestação por parte da Administração Tributária, no que diz respeito à procedência das informações fáticas noticiadas, nem convalidação ou invalidação de atos praticados ou a serem praticados pelo consultante, portanto, os esclarecimentos apresentados têm natureza exclusivamente interpretativos da legislação tributária.

9. A matéria questionada já foi objeto de Solução, nos termos da Solução de Consulta nº 31, de 27 de março de 2018, disponível em < <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/consulta.action> >:

4. *A Solução de Consulta não se presta a verificar a exatidão dos fatos apresentados pelo interessado, uma vez que se limita a apresentar a interpretação da legislação tributária conferida a tais fatos, partindo da premissa de que há conformidade entre o que foi narrado e a realidade factual. Nesse sentido, não convalida nem invalida quaisquer informações, interpretações, ações ou classificações fiscais procedidas pelo consulente e não gera qualquer efeito caso se constate, a qualquer tempo, que não foram descritos, adequadamente, os fatos, aos quais, em tese, aplica-se a Solução de Consulta.*

5. *Cumpre-se destacar, com relação aos questionamentos acima, que a consulta já se encontra respondida, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, por intermédio da Solução de Divergência Cosit nº 5, de 1º de setembro de 2006. Entretanto, uma vez que a referida Solução de Divergência Cosit foi publicada anteriormente à vigência da Instrução Normativa RFB nº 1.396, de 16 de setembro de 2013, note que o seu art. 32 veda peremptoriamente a aplicação do efeito vinculante, no âmbito da RFB, e a possibilidade de prolação de Solução de Consulta Vinculada, com base na Solução de Divergência Cosit n. 5, de 2006, de que tratam, respectivamente, o art. 9º e o art. 22, da referida norma regulamentar da Consulta. Em face da integral pertinência temática entre a consulta formulada pelo sujeito passivo e a Solução de Divergência Cosit nº 5, de 2006, passa-se a reproduzir como fundamentação jurídica desta Solução de Consulta a essência do que foi disposto naquela Solução de Divergência Cosit, de forma a atender ao disposto no art. 9º combinado com o art. 32 da IN RFB nº 1.396, de 2013.*

6. *A Medida Provisória nº 2.209, de 29 de agosto de 2001, criou a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial (CBEE), empresa pública federal ligada ao Ministério de Minas e Energia, a qual tem como objetivo, segundo o art. 1º, § 1º, da citada MP, a aquisição, o arrendamento e a alienação de bens e direitos, a celebração de contratos e a prática de atos destinados à viabilização do aumento da capacidade de geração e da oferta de energia elétrica de qualquer fonte em curto prazo e à superação da crise de energia e ao reequilíbrio de oferta e demanda de energia elétrica.*

7. *Por conseguinte, a CBEE contrata as empresas termelétricas incluídas no programa emergencial de exploração do serviço público de geração de energia elétrica, que, em troca de investimento na implantação e manutenção de usinas geradoras, têm garantia de aquisição de seus produtos pela CBEE.*

8. *Por isso, as empresas, na qualidade de Produtoras Independente de Energia, são contratadas em regime de exclusividade pela CBEE, não somente para o fornecimento de energia como também para a disponibilização da potência garantida.*

9. *O contrato de prestação do serviço público de energia elétrica, celebrado com a CBEE tem dois objetos, com remunerações distintas, quais sejam:*

*a) fornecer a energia, que é remunerada em função da quantidade fornecida;*

b) garantir a existência de meios hábeis e suficientes para gerar a energia, quando demandada (potência garantida, demanda contratada ou potência contratada), que teria remuneração fixa, tendo a empresa fornecedora da energia como obrigação manter infraestrutura bastante e suficiente para geração de determinada quantidade de energia, quando requerida.

10. Assim, a questão que se põe é a de definir se os pagamentos efetuados a título de potência garantida podem ser caracterizados como fornecimento de energia elétrica e sofrerem a retenção do IRPJ, da CSLL, da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep, com base no percentual de 5,85% (cinco inteiros e oitenta e cinco centésimos por cento), ou de aplicar a ditos pagamentos o percentual de 9,45% (nove inteiros e quarenta e cinco centésimos por cento), estabelecido para os “demais serviços” no Anexo I da IN RFB nº 1.234, de 12 de janeiro de 2012.

11. A Resolução nº 414, de 9 de setembro de 2010, da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), conceitua em seu art. 2º, inciso XXI, demanda contratada, como sendo: “demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela distribuidora, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados em contrato, e que deve ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW)”

12. Dessa forma, pode-se inferir que, a “demanda contratada” representa uma energia que não circula efetivamente para o estabelecimento consumidor, somente constando em contrato, no qual a concessionária se obriga a disponibilizar continuamente até o ponto de entrega.

13. Com efeito, estabelece a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, em seu art. 64, com a alteração introduzida pela Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, a obrigação de as pessoas jurídicas do setor público federal, ao realizar pagamentos a pessoas jurídicas, reterem valor correspondente ao IRPJ, à CSLL, à Cofins e à Contribuição para o PIS/Pasep, nos seguintes termos:

“Art. 64. Os pagamentos efetuados por órgãos, autarquias e fundações da administração pública federal a pessoas jurídicas, pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços, estão sujeitos à incidência, na fonte, do imposto sobre a renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para seguridade sócia l- Cofins e da contribuição para o PIS/Pasep.

(...)

§5º O imposto de renda a ser retido será determinado mediante a aplicação da alíquota de quinze por cento sobre o resultado da multiplicação do valor a ser pago pelo percentual de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicável à espécie de receita correspondente ao tipo de bem fornecido ou de serviço prestado.

§6º O valor da contribuição social sobre o lucro líquido, a ser retido, será determinado mediante a aplicação da alíquota de um por cento, sobre o montante a ser pago.

§7º O valor da contribuição para a seguridade social - COFINS, a ser retido, será determinado mediante a aplicação da alíquota respectiva sobre o montante a ser pago.

§8º O valor da contribuição para o PIS/PASEP, a ser retido, será determinado mediante a aplicação da alíquota respectiva sobre o montante a ser pago. ”

14. De sua vez, o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, o qual estabelece os percentuais a serem aplicados sobre a receita bruta para fins de

*determinação da base de cálculo do IRPJ, cuja opção seja a tributação pelo lucro presumido, assim estatui:*

*“Art. 15 A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida mensalmente, observado o disposto nos arts. 30 a 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995.*

*§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de:*

*I - um inteiro e seis décimos por cento, para a atividade de revenda, para consumo, de combustível derivado de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural;*

*II - 16 % (dezesesseis por cento):*

*a) para a atividade de prestação de serviços de transporte, exceto o de carga, para o qual se aplicará o percentual previsto no caput deste artigo;*

*b) para as pessoas jurídicas a que se refere o inciso III do art. 36 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 da referida Lei;*

*III - trinta e dois por cento, para as atividades de:*

*a) prestação de serviços em geral, exceto a de serviços hospitalares;*

*b) intermediação de negócios;*

*c) administração, locação ou cessão de bens imóveis, móveis e direitos de qualquer natureza;) prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring).*

*§ 2º No caso de atividades diversificadas será aplicado o percentual correspondente a cada atividade”.*

*15. Ressalte-se que o percentual estabelecido no caput do art. 15 da Lei nº 9.249, de 1995, é aplicável tão-somente à receita bruta das pessoas jurídicas que exerçam atividades comerciais e industriais, as quais se sujeitam ao Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal (ICMS) e ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), à exceção, apenas, do transporte de cargas, previsto na alínea “a” do inciso II do § 1º do mesmo artigo, e dos serviços hospitalares, previstos na alínea “a” do inciso III do § 1º do mesmo artigo, haja vista que para as demais atividades, os percentuais são diferenciados em função da natureza das atividades.*

*16. Em consequência, somente as atividades de venda de produtos de fabricação própria, de venda de mercadorias adquiridas para a revenda, de industrialização de produtos em que a matéria-prima, o produto intermediário ou o material de embalagem tenham sido fornecidos por quem encomendou a industrialização, e as atividades rurais são alcançadas pelo percentual estabelecido no caput do art. 15 da Lei nº 9.249, de 1995.*

*17. Como resultado da interpretação do referido artigo, a IN RFB nº 1.234, de 2012, estabeleceu as alíquotas de 0,24% (15% x 1,6%); 1,2% (15% x 8%); 2,4% (15% x 16%) e 4,8% (15% x 32%), razão pela qual se aplica ao fornecimento de energia elétrica o percentual de 1,2% (um inteiro e vinte centésimos por cento), resultante da multiplicação de 15% (§ 5º do art. 64 da Lei nº 9.430, de 1996) pelo percentual de 8% (oito por cento) a que se refere o caput do art. 15 da Lei nº 9.249, de 1995.*

*18. Por outro lado, conforme estabelecido na Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988 (CF/1988), a hipótese de incidência do ICMS tem seus elementos delineadores insculpidos no art. 155:*

*"Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:  
(...)*

*II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações se iniciem no exterior.*

*(...)*

*§ 3º - À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e os arts. 153, I e II, nenhum outro tributo incidirá sobre operações relativas a energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais do país."*

19. *Inquestionavelmente, o aspecto material do fato gerador do ICMS é a realização de operações relativas à circulação de mercadoria. No caso da energia elétrica, o fato gerador da incidência do ICMS é a realização da circulação da mercadoria "energia elétrica", e não somente a sua colocação à disposição do consumidor, tal como na demanda contratada, pois nessa situação não há fato gerador, visto que não houve saída da mercadoria, nem tampouco o consumo.*

20. *O art. 12, I da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, assim define como momento do fato gerador da circulação da energia elétrica:*

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

*I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular; (...)"*

21. *O valor de uma das faturas irá nominar a base de cálculo para a cobrança de ICMS, pelo ato de circular a mercadoria "energia elétrica", na operação da qual irá efetivamente ocorrer a sua saída. Portanto não há que se falar em incidência do ICMS sobre o valor da fatura que resultar da garantia de potência para o consumidor, pois não há efetivo consumo de energia.*

22. *Da mesma forma dispõe o art. 116, II da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN):*

*"Art. 116 - Salvo disposição em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes em seus efeitos:*

*(...)*

*II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja efetivamente constituída, nos termos de direito aplicável."*

23. *Vê-se, assim, que somente há incidência do ICMS sobre energia elétrica, se de fato houver uma "situação jurídica", pela efetiva circulação de energia elétrica para o estabelecimento consumidor, isto é, o fato se dá com o efetivo consumo, e, não apenas pelo pacto contratual de garantia de potência.*

24. *Ademais já existem precedentes no Superior Tribunal de Justiça, onde se firmou entendimento de que "a garantia de potência e demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado", a exemplo dos seguintes acórdãos:*

*REsp nº 809753/PR; RECURSO ESPECIAL 2006/0002405-0; Data: 06/04/2006; 1ª Turma; DJ: 24/04/2006 p. 374; Relator Min. Teori Albino Zavascki.*

*"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 07/STJ. ART. 535 DO CPC. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. ICMS. **DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR FINAL PARA FIGURAR NO PÓLO ATIVO DE DEMANDAS***

*VISANDO AO RECONHECIMENTO DO CARÁTER INDEVIDO DA TRIBUTAÇÃO. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.*

1. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 07 desta Corte.

2. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 254949/SP, Terceira Seção, Min. Gilson Dipp, DJ de 08.06.2005; EDcl no MS 9213/DF, Primeira Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21.02.2005; EDcl no AgRg no CC 26808/RJ, Segunda Seção, Min. Castro Filho, DJ de 10.06.2002.

3. O consumidor final é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato, e portanto, parte legítima para demandar visando à inexigibilidade do ICMS sobre os valores relativos à **demanda contratada** de energia elétrica.

4. Segundo orientação traçada em julgados de ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção, não incide o ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.”

REsp nº 806281/SC; RECURSO ESPECIAL 2005/0212589-7; Data: 02/05/2006; 1ª Turma; DJ 11/05/2006 p. 171; Relator Min. Teori Albino Zavascki.

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. **DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTE 1ª TURMA. CARÊNCIA DE AÇÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL TIDO POR VIOLADO.**

1. A ausência de indicação dos dispositivos tidos por violados não autoriza o conhecimento do recurso especial pela alínea a do permissivo constitucional (Súmula 284/STF).

2. Não se admite, para o efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contratada (o ICMS aplicado sobre o quantum contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo), uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida. Precedente: RESP 647553/ES, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 23.05.2005.

3. Recurso especial a que se nega provimento.”

AgRg no REsp nº 804706/SC; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2005/0209159-6; Data: 04/04/2006; 1ª Turma; DJ 05/04/2006 p. 147; Relator:Ministro Francisco Falcão.

“TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA ENERGIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE CONSUMIDA.

I - A jurisprudência desta colenda Corte firmou-se no sentido de que incide o ICMS sobre a energia elétrica efetivamente consumida e, não, sobre a **demanda contratada**, porquanto é aquele que corresponde ao fato gerador do tributo.

Precedentes: AgRg no Ag nº 707.491/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/11/2005; REsp nº 647.553/ES, Rel.Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 23/05/2005; REsp nº 343.952/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 17/06/2002 e REsp nº 222.810/MG, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJ de 15/05/2000.

II - Agravo regimental improvido.”

REsp nº 809753/PR; RECURSO ESPECIAL 2006/0002405-0; Data: 06/04/2006; 1ª Turma; DJ 24/04/2006, P. 374; Relator:Ministro Teori Albino Zavascki.

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 07/STJ. ART. 535 DO CPC. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. ICMS. **DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR FINAL PARA FIGURAR NO PÓLO ATIVO DE DEMANDAS VISANDO AO RECONHECIMENTO DO CARÁTER INDEVIDO DA TRIBUTAÇÃO. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.**

1. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 07 desta Corte.

2. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

Precedentes: Edcl no AgRg no EREsp 254949/SP, Terceira Seção, Min. Gilson Dipp, DJ de 08.06.2005; EDcl no MS 9213/DF, Primeira Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21.02.2005; EDcl no AgRg no CC 26808/RJ, Segunda Seção, Min. Castro Filho, DJ de 10.06.2002.

3. O consumidor final é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato, e portanto, parte legítima para demandar visando à inexigibilidade do ICMS sobre os valores relativos à demanda contratada de energia elétrica.

4. Segundo orientação traçada em julgados de ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção, não incide o ICMS sobre as quantias relativas à chamada demanda contratada de energia elétrica.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.”

25. Portanto, não havendo incidência de ICMS sobre o faturamento decorrente da demanda contratada, indubitavelmente está descaracterizada a operação como sendo de compra e venda de bens, razão pela qual não se aplica aos pagamentos efetuados a título de potência garantida o percentual de IRPJ de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento), estabelecido no caput do art. 15 da Lei nº 9.249, de 1995, e sim o percentual de IRPJ de 4,8% (quatro inteiros e oito décimos por cento), conforme disposto no § 1º, inciso III, do mesmo art. 15.

26. Assim, em face do exposto, e tendo em vista o disposto no § 2º do art. 15 da Lei nº 9.249, de 1995, devem ser aplicados, para fins de retenção na fonte do IRPJ, da CSLL, da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep, de que tratam o art. 64 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e o art. 34 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, os percentuais de 5,85% (cinco inteiros e oitenta e cinco centésimos por cento) para os pagamentos efetuados pelo efetivo fornecimento de energia elétrica e 9,45% (nove inteiros e quarenta e cinco centésimos por cento) para pagamentos referentes à manutenção de potência garantida.

27. A despeito de toda discussão travada, contida nos subitens anteriores, os quais, de igual forma, integraram a fundamentação jurídica da Solução de Divergência Cosit nº 5, de 2006, e que foram aqui reproduzidos, ressalvadas eventuais atualizações da legislação correlata, tem-se ainda o disposto no Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 10, de 20 de setembro de 2006, a seguir transcrito, que põe pá de cal nessa questão:

“ (...) Artigo único. Para fins de retenção na fonte do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e da Contribuição para o PIS/Pasep, de que tratam o art. 64 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e o art. 34 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, devem ser aplicados os percentuais de:

I - 5,85% (cinco inteiros e oitenta e cinco centésimos por cento), sobre os pagamentos relativos ao efetivo fornecimento de energia elétrica; e

II - 9,45% (nove inteiros e quarenta e cinco centésimos por cento), sobre os pagamentos relativos à manutenção de potência garantida. (...)”

10. Portanto, sobre o pagamento relativo ao valor destacado na fatura como demanda contratada, englobando toda a potência garantida independentemente do valor efetivamente utilizado ou medido, deve incidir o montante de 9,45% a título de retenção do

---

imposto de renda e contribuições. Isso porque o valor da demanda contratada é o preço pago pelo serviço de manutenção de potência garantida.

11. Sobre os demais valores pagos a título de consumo ativo, fornecimento de energia elétrica, deve incidir o percentual de 5,85% a título de retenção de imposto de renda e contribuições. Tal é o preço pago pelo efetivo fornecimento de energia elétrica.

## **Conclusão**

12. À vista do exposto, responde-se à consulente que os pagamentos efetuados pela garantia de uma determinada potência não se confundem com os pagamentos efetuados pelo efetivo fornecimento de energia elétrica, devendo ser aplicados, para fins de retenção na fonte do IRPJ, da CSLL, da Cofins e da Contribuição para o PIS/PASEP, de que tratam o art. 64 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e o art. 34 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, o percentual de 5,85% (cinco inteiros e oitenta e cinco centésimos por cento), quando o pagamento referir-se ao efetivo fornecimento de energia elétrica, e de 9,45% (nove inteiros e quarenta e cinco centésimos por cento), quando o pagamento for referente à manutenção de potência garantida.

À consideração do Coordenador-Geral da Cosit.

*Assinado digitalmente*

GUSTAVO SALTON ROTUNNO ABREU LIMA DA ROSA  
Auditor-Fiscal da RFB – Chefe da Dirpj

## **Ordem de Intimação**

Aprovo a Solução de Consulta. Divulgue-se e publique-se nos termos do art. 27 da Instrução Normativa RFB nº 1.396, de 16 de setembro de 2013. Dê-se ciência ao consulente.

*Assinado digitalmente*

FERNANDO MOMBELLI  
Auditor-Fiscal da RFB - Coordenador-Geral da Cosit