

A polêmica do ICMS sobre tarifas de distribuição de energia

AFONSO, Sylvio. "A polêmica do ICMS sobre tarifas de distribuição de energia". Agência CanalEnergia. Rio de Janeiro, 13 de abril de 2017.

Um dos temas tributários que vem ganhando cada vez mais repercussão no meio jurídico é a questão envolvendo a incidência do ICMS sobre algumas tarifas incluídas na conta de luz, dentre elas as chamadas Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD).

Dentro deste cenário, mais recentemente, no julgamento do Resp 1163020, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que é legal a cobrança do ICMS sobre a sobre o TUSD, ao considerar que, apesar das recentes mudanças no sistema de regulamentação do setor elétrico no Brasil, não seria possível haver tratamento diferenciado entre consumidores de energia elétrica.

Para entendermos melhor esta discussão é necessário entendermos todo o cenário fático que compõe o tema.

O sistema de distribuição é composto por postes, cruzetas, isoladores, fios, transformadores e demais equipamentos (não pertencentes à rede básica) que operam em tensões baixas, de propriedade das distribuidoras e cujo acesso também é livre a todos. A sua utilização, no caso da contratação no mercado livre, se dá mediante celebração de contrato de uso dos sistemas de distribuição (CUSD) ou, no mercado cativo, mediante contratação do fornecimento de energia elétrica — em ambos os casos se remunerando o uso da rede mediante recolhimento Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD).

Enquanto a TUSD se refere aos custos relativos ao uso do sistema de distribuição, a TUST se refere aos custos inerentes ao uso do sistema de transmissão, como serviço de transporte de grandes quantias de energia elétrica por longas distâncias, o qual, no Brasil, é feito utilizando-se de rede de linhas de transmissão e subestações em tensão igual ou superior a 230 kV, denominada Rede Básica.

Diante de tal cenário, vejamos então o que dispõe a legislação acerca da incidência do ICMS. A energia elétrica sempre foi considerada como mercadoria, sujeita, portanto, à incidência do ICMS, conforme restou entendimento do STJ no sentido de que a energia elétrica "é produzida para ser alienada (operação de mercancia), sem impeco para ser identificada como mercadoria, conceituação privada, admitida pela lei tributária" (Resp 38344/PR – 1ª turma, DJ de 31/10/1994).

Desta forma, neste contexto de mercancia do produto eletricidade, em decorrência de sua natureza e características, a energia elétrica encontra-se em constante movimento nos fios de transmissão da concessionária, sendo que ela somente será individualizada, ou seja, só terá caracterizado e definido seu usuário no momento em que for utilizada, pois, até então, consiste numa massa única de energia passível de utilização por qualquer um que dela necessite.

Por conseguinte, o fato gerador do imposto só pode ocorrer pela entrega da energia ao consumidor, em consonância com o que prevê o art. 12, inciso I da Lei Complementar nº 87/96.

Inclusive, no que tange ao momento em que ocorre a transferência da mercadoria (energia elétrica) para o consumidor, a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, partilha deste entendimento, esboçado em sua Resolução nº 414/2010.

Percebe-se, então, que o ponto de entrega de energia elétrica é o relógio medidor, de modo que a energia só será individualizada ao consumidor, caracterizando sua circulação e dando ensejo à cobrança do imposto (pois só a partir daí é determinado o sujeito passivo da obrigação tributária), no momento em que passar por este relógio e ingressar no estabelecimento do consumidor.

Destarte, fica evidente que mercancia da energia ocorre entre produtor e consumidor, ao passo que a transmissão e a distribuição acabam por serem atividades-meio, independentemente do fato de que estes serviços viabilizam o fornecimento da mercadoria “energia elétrica”.

Assim, o que se vê é que transmissão e distribuição de energia não são e estão bastante distantes do conceito de “circulação de mercadoria”. Tanto é verdade que o STJ vinha se manifestando de forma pacífica nesse sentido, conforme trago: “(...) É entendimento pacífico desta corte superior que não fazem parte da base de cálculo do ICMS a Tust (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e a Tusd (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica) (...)” (AgRg no REsp 1.408.485, 2ª Turma, relator ministro Humberto Martins, DJe: 19.5.2015).

A referida decisão destaca, num de seus trechos: “O ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da mercadoria, e não do serviço de transporte de transmissão e distribuição de energia elétrica, incidindo, in casu, a Súmula 166/STJ. Dentre os precedentes mais recentes: AgRg nos EDcl no REsp 1267162/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/08/2012”.

Corroborando este entendimento consolidado STJ, todos os Tribunais de Justiça dos Estados vêm acompanhando tal entendimento.

Diante de tudo o que aqui foi demonstrado percebe-se que o julgamento citado no início deste artigo é, na verdade, um entendimento absolutamente isolado na jurisprudência do STJ. E até que se manifeste a Primeira Seção daquele órgão, há elementos bastantes sólidos e consistentes para que os contribuintes consigam afastar a incidência do ICMS sobre a TUSD e a TUST.

Sylvio César Afonso é advogado e contabilista, mestre em Direito Tributário pela PUC/SP, auditor pelo IBRACON e conselheiro do Conselho Municipal de Tributos de SP