

Incerteza na tributação da energia

CUNHA, Renata e SIROTHEAU, Maria Fernanda. "Incerteza na tributação da energia". Valor Econômico. Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2017.

Em mais um exemplo do grau de insegurança gerada pela permanente litigiosidade tributária existente no país - fruto de um assistemático sistema tributário seja no plano constitucional, da lei e de sua regulação - coloca-se ora o Judiciário frente a resolver mais um "case law" em matéria tributária. Ocorre que no caso, as idas e vindas dessa discussão já balzaquiana, propiciam um quadro de absoluta desigualdade jurídica e econômica que deve ser resolvido de imediato.

Trata-se da discussão acerca da incidência do ICMS sobre as tarifas (preços públicos) cobrados sobre a receita de transmissão e distribuição de energia elétrica. Cunhada sobre os respectivos acrônimos - TUSD/TUST - tais tarifas integram o valor pago pelos consumidores e remuneram a etapa anterior ao momento em que há a venda pela concessionária para o consumo.

Iniciando a série de indefinição sobre a matéria, há quase duas décadas, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) havia assentado entendimento no sentido de que os valores relativos àquelas tarifas não deveriam integrar a base de cálculo do ICMS. Tal se baseava no argumento de que ao remunerar uma atividade complementar ou de meio, não estavam dentro do âmbito de incidência do imposto que grava o consumo de energia elétrica. Tal critério jurídico, contudo, foi alterado em março do ano de 2017, quando a 1ª Turma do STJ, acabou por alterar o posicionamento até então pacífico, sustentando que o ICMS deve incidir sobre todo o montante pago pelos consumidores de energia elétrica, eis que não seria possível dissociar as etapas antecedentes ao efetivo consumo (REsp 1.163.020/RS).

Sob essa nova ótica, as procuradorias estaduais passaram a aplicar o entendimento de que, por se tratar de operação complexa, em que não há dissociação das etapas que concorrem para a disponibilização final da energia aos consumidores, não há como obstar a inclusão das tarifas de distribuição e transmissão da base de cálculo do ICMS.

Ocorre que malgrado o novo posicionamento do STJ, os Tribunais de Justiça Estaduais, não vêm decidindo de maneira uniforme. Assim, enquanto alguns tribunais federados passaram a aplicar a nova doutrina do STJ, outros ainda se mantêm arraigados ao entendimento anterior do STJ, vigente até março.

A falta de uniformização jurisprudencial ensejou um número recorde de ações distribuídas em todo o Judiciário brasileiro, ex vi da irresignação quanto à inclusão das mencionadas tarifas (TUSD/TUST) na base de cálculo do ICMS.

Segundo informação das próprias procuradorias estaduais, tomando-se por base a arrecadação de 2014, a perda total da arrecadação tributária, considerando ainda as repetições de indébito, giraria em torno de R\$ 134 bi. Ou seja, mais uma situação de conflito jurídico em que o elemento econômico-orçamentário poderá ter um papel decisivo.

Em mais um capítulo, em julho deste ano, a questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal (STF), que se manifestou pela inexistência de relação entre a discussão sobre a TUSD/TUST e uma outra discussão similar, qual seja, a que aborda o ICMS sobre a demanda contratada de energia (Tema 176 da Repercussão Geral). Eximiou-se assim o STF, o que na prática, devolve o tema ao STJ.

Na sequência da novela, no dia 28 de novembro, o STJ, em um dos primeiros casos analisados pelo seu plenário virtual, tentou mais uma vez (re)uniformizar a questão. Para tanto, submeteu a temática ao incidente de recursos repetitivos (AREsp 1.163.020, REsp 1.699.851 e REsp 1.692.023), determinando, inclusive, a suspensão da tramitação de todos os processos correlatos em território nacional.

Em que pese a recente decisão daquele tribunal superior, para suspender os processos, o fato é que o cenário que se vê é de absoluta iniquidade e de farta insegurança jurídica. Havendo decisões em sentido oposto que, embora se limitem ao âmbito de seus territórios, certos contribuintes, a depender do Estado de jurisdição podem ter efeitos e consequências econômicas e jurídicas completamente distintas.

A questão agrava-se no seio de empresas que possuem estabelecimentos em várias unidades da federação, onde a falta de isonomia opera-se "intra corporis" e faz com que energia seja mais barata ou cara por questões de indefinição da regra fiscal aplicável.

Os tribunais vinham aplicando o novel instituto dos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), previsto pelo Novo Código de Processo Civil - e que determina, caso admitido o incidente, todos os processos com a mesma matéria, no Estado ou região, serão suspensos pelo prazo máximo de um ano - na tentativa de frear a questão e pacificar a discussão, ao menos em seus respectivos territórios.

Até o momento, nenhum Estado analisou o assunto de maneira definitiva, já tendo, contudo, determinação de suspensão dos processos e das respectivas tutelas ao menos nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Mato Grosso do Sul, Paraná, Maranhão, Sergipe e Santa Catarina.

Ante esse cenário, e, a despeito de o ICMS ser um imposto estadual, escancara-se uma situação que afronta um dos pilares do Estado Democrático de Direito, qual seja a igualdade entre os contribuintes. O caso ilustra, ademais, a falência do nosso regime de tributação sobre o consumo vigente, já que a depender do Estado, um produto tão essencial quanto a energia elétrica será mais ou menos caro em função da falta de uma norma clara que leva ao casuísmo judicial.

Nos resta assim aguardar, diante desse contexto, que o Poder Judiciário exerça sua função no Estado Democrático de Direito, o que inclui, inevitavelmente, dar uma solução que não só represente o ideal de justiça que visa materializar, mas também, e dentro desse ideal, reconheça a necessidade da sociedade moderna, que vive o auge de sua liquidez, na pacificação do tema, devolvendo aos agentes econômicos e aos contribuintes, a estabilidade e previsibilidade tão caras ao desenvolvimento de suas atividades.

Renata Cunha e Maria Fernanda Sirotheau são advogadas de Vinhas e Redenschi - VRA