

A ilegalidade da incidência do ICMS na parcela da Subvenção da CDE

NETO, Urias Martiniano G. "A ilegalidade da incidência do ICMS na parcela da Subvenção da CDE". Agência CanalEnergia. Rio de Janeiro, 17 de outubro de 2018.

O modelo setorial do Mercado de Energia Elétrica prevê inúmeros subsídios aos seus agentes, dentre eles, os subsídios tarifários instituídos pela Lei nº 10.438/2002, em especial ao artigo 13.

O art. 13 da Lei nº 10.438/2002 trata da criação da Conta de Desenvolvimento Energético – (CDE).

Basicamente, a CDE exerce dois papéis no setor de energia, o primeiro com um fundo setorial para cobrir determinadas despesas do setor e o outro é um encargo cobrados dos consumidores e incorporado na Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – (TUSD).

Ou seja, dentre as despesas que a CDE visa custear está abarcada a subvenção tarifária que busca reduzir o impacto financeiro da concessionária de distribuição pela aquisição de energia elétrica.

É essencial frisar que a subvenção da CDE não caracteriza em hipótese alguma a reposição da tarifa, mas sim um desconto incondicional ao consumidor.

Nessa linha, a subvenção da CDE foi criada para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias de distribuição de energia elétrica.

Portanto, a subvenção não deve ser confundida com o pagamento indireto da tarifa de energia suportada pelos consumidores, via Fundo da CDE.

Nesse sentido, registra-se que, em uma discussão similar, a Agência Nacional de Energia Elétrica – (ANEEL) já se posicionou contrária a incidência do ICMS na parcela relativa à subvenção.

Todavia, os Estados, sem qualquer embasamento jurídico-regulatório e tributário, determinaram a incidência do ICMS na parcela do subsídio da CDE.

Ocorre que, conforme será demonstrado a seguir, a cobrança realizada carece de legalidade.

Destaca-se, por exemplo, que a concessionária de distribuição Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A., em decorrência da determinação do Estado de São Paulo, está retroagindo a cobrança para períodos anteriores ao ano de 2018, cuja identificação na fatura de energia elétrica é "RESSARC FINANC ICMS – SUBVENÇÃO".

Pois bem, em decorrência das peculiaridades da relação mantida entre Estado, concessionária de distribuição de energia elétrica e consumidor final, as concessionárias de distribuição são responsáveis pela operacionalização das determinações realizadas pelo Estado, não cabendo nenhum juízo de valor por parte delas sobre o tema.

Nesse sentido, o Estado de São Paulo sustenta a incidência do ICMS na parcela do subsídio da CDE, sob o argumento de que, segundo o artigo 12, anexo XVIII do Regimento do ICMS, a incidência do imposto ocorre sobre “qualquer valor a título de subvenção de tarifa relativa ao fornecimento de energia elétrica a consumidor por ela atendido”.

O Estado alega, ainda, que, caso o recolhimento do ICMS relativo à parcela do subsídio tarifário não fosse realizado, implicaria na conclusão de que a União Federal estaria instituindo isenções indiretas de tributos estaduais, o que é vedado pelo artigo 151, inciso II da Constituição Federal.

Entretanto, conforme será demonstrado a seguir, o referido entendimento não está ancorado pela legislação setorial.

(a) Da Incidência do ICMS na Tarifa de Energia

Para analisarmos a legalidade da incidência ora apresentada, primeiramente, é necessário entendermos a forma da incidência do ICMS na Tarifa de Energia. Vejamos:

A regra matriz da incidência do ICMS está prevista no artigo 155, inciso II, § 3º, da Constituição Federal, sendo taxativo quanto à tributação nas operações de energia elétrica, incidindo nestas apenas o próprio ICMS, além dos impostos de importação e exportação, quando ocorrido o fato gerador.

Isto posto, segundo nossa Carta Magna, o ato que gera a incidência do ICMS é realização da circulação da “mercadoria” energia elétrica, ocorrendo o fato gerador no momento da saída da energia contratada da distribuidora para o estabelecimento consumidor.

Com efeito, a mesma orientação encontra previsão expressa no art. 2º, § 1º, inciso III, e art. 12, incisos I e XII, todos da Lei Complementar nº 87/1996 (“Lei Kandir”).

Deste modo, a incidência do ICMS está diretamente condicionada ao consumo de energia elétrica, uma vez que é apenas neste momento em que se observa a ocorrência do aspecto material da regra matriz de incidência do tributo.

(b) Da Fixação da Base de Cálculo do ICMS

Em consonância com o exposto, o art. 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (“ADCT”) determina que a base de cálculo do ICMS-Energia deverá ser fixada através do valor da operação da qual decorrer o fornecimento de energia elétrica ao consumidor final.

Noutras palavras, a Constituição Federal determina que apenas o preço da operação de fornecimento de energia elétrica poderá integrar a base de cálculo do ICMS.

Por bem, a Lei Kandir aborda a base de cálculo do ICMS no mesmo sentido, conforme redação constante do art. 9º, § 1º, inciso II e art. 13, inciso I, ou seja, somente a parcela que visa remunerar a energia elétrica, logo a tarifa de energia definida para o consumidor sem abarcar eventuais subsídios à concessionária de

distribuição.

Nesse sentido, é importante frisar que a inclusão de atividades autônomas à operação tributada na base de cálculo do ICMS, tal como a inclusão das parcelas estranhas à remuneração de energia elétrica ao “valor de fornecimento” de energia deverá ocorrer mediante expressa previsão legal.

Em observância ao dispositivo citado anteriormente, o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ enviou ao Congresso Nacional, o Projeto de Lei Complementar nº 352/02, para incluir a letra ‘c’ no § 1º do artigo 13 da Lei Complementar nº 87/96, pretendendo incluir na base de cálculo do ICMS “todos os encargos cobrados do adquirente, no fornecimento da energia elétrica”.

E, exatamente pelos fatos e argumentos ora apresentados, que o Congresso Nacional excluiu tal iniciativa do texto finalmente aprovado (Lei Complementar no 38/2010), o que, demonstra a ilegalidade de se entender a incidência do ICMS em parcelas relativas à Subvenção Tarifária da CDE.

Observa-se que o posicionamento apresentado pelo Estado é extremamente incoerente, uma vez que a Administração Pública defende, de forma amplamente ilegal, a incidência do ICMS sobre a TUSD, cuja consequência seria a incidência do imposto no encargo CDE.

Destaca-se que a situação exposta acima, é fruto da reconhecida ilegalidade pelo Poder Judiciário da incidência do ICMS em parcelas estranhas à remuneração da energia elétrica, ou seja, o Estado vem buscando, de forma ilegal, uma maneira de compensar a perda de sua receita.

Deste modo, além da impossibilidade de incidência do tributo, a interpretação apresentada pelo Estado criaria uma bitributação, cuja vedação é notória na legislação, além da clara violação aos Princípios da Legalidade, da Capacidade Contributiva e da Vedação ao Confisco.

Por fim, como se não bastasse as ingerências e atrocidades que permeia a atuação da Administração Pública Federal e Estadual, os consumidores impactados terão de adotar medidas para não sofrer o ônus financeiro de um novo repasse ilegal.

Urias Martiniano G. Neto (urias@tomasa.adv.br) é sócio do Regulatório de Energia Elétrica do escritório Tomanik Martiniano Sociedade de Advogados.