

Redução do ICMS incidente sobre energia elétrica⁽¹⁾

Matheus Melo

Diante da crise mundial instaurada, decorrente, principalmente de um vírus, as empresas estão se reinventando para se manterem firmes, girar capital, gerar empregos e ficar em dia com os tributos.

Mais do que nunca, a assessoria tributária especializada tem sido essencial. É preciso se preparar para momentos de crise e, principalmente, se manter em pé enquanto perduram as dificuldades.

O Brasil é mundialmente reconhecido por sua enorme carga tributária e os efeitos que ela tem, principalmente às empresas. Não raro, cobranças indevidas são efetuadas e as empresas com frequência só conseguem a devolução de algum pagamento a maior na Justiça.

Uma questão tributária que já foi bastante difundida é a do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços – ICMS na conta de energia elétrica. Há o entendimento de que, praticamente em todos os estados da federação – visto que é um imposto estadual – é efetuada uma cobrança superior ao serviço propriamente dito.

Discute-se, há muito tempo, a possibilidade de incidência do ICMS sobre a TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão) e a TUSD (Taxa de uso do sistema de distribuição), pois o entendimento majoritário, tanto para doutrinadores quanto para julgadores, é de que essas taxas não fazem parte do produto final (energia elétrica). São taxas que compõe a conta, mas que não servem para os cálculos do ICMS.

A discussão do tema está parada há mais de um ano no Superior Tribunal de Justiça – STJ, de onde sairá o direcionamento final aos consumidores, em sua grande parte formada por empresários. Isso porque o Supremo Tribunal Federal – STF já decidiu anteriormente que não se trata de matéria constitucional.

Enquanto a Justiça Brasileira se prepara para receber uma decisão definitiva sobre o tema (eis que está afetada como Recurso Repetitivo, com aplicação em todo o território nacional), convém voltar a tratar do tema, uma vez que a resolução está cada vez mais próxima.

O valor da tarifa paga por cada usuário é definido por um conjunto de componentes que determinarão seu preço final, que varia de Estado para Estado, tipo e classe de consumidor.

Para se fazer a conta da tarifa, a ANEEL verifica, em âmbito nacional, o custo de cada etapa da operação de energia elétrica (geração, transmissão, distribuição). Somente depois é definido o preço do kWh.

Os componentes da tarifa podem ser divididos em 3 grandes grupos:

- PARCELA A – compra/geração, transmissão e demais encargos do setor – regulados pela ANEEL;
- PARCELA B – distribuição de energia elétrica – administrados pela concessionária;

3. TRIBUTOS.

Logo, o custo da fatura não é só a energia consumida, que representa aproximadamente 45% do valor. Os outros 55% são os demais componentes mencionados.

Veja-se um gráfico exemplificativo:

A Constituição Federal dispõe que o ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) incidirá nas operações de energia elétrica (ADCT, art. 34, § 9º):

Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.

(...)

§ 9º Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação.

O ICMS surge, então, com o seguinte fato gerador: saída do produto do estabelecimento comercial do fornecedor (para venda).

Dessa forma, defende-se que o ICMS é calculado sobre o preço do bem (energia) produzido e adquirido pelo usuário.

Ocorre que os Estados e o Distrito Federal, quando taxam a tarifa de energia elétrica, fazem com que o ICMS incida sobre toda a fatura, incluindo então outros componentes que não deveriam fazer parte do cálculo (TUST, TUSD, encargos setoriais, etc).

Há casos absurdos que o ICMS é calculado sobre o próprio ICMS.

Diante do exposto, é possível conseguir uma significativa redução do imposto incidente sobre a tarifa de energia elétrica. Além disso, os valores pagos indevidamente também podem ser recuperados, com a limitação temporal de cinco anos.

Uma vez constatado o erro, e, por consequência, o excesso; a redução, a depender do estado, gira em torno de 10% do valor final da fatura de energia, uma vez ajustada a correta incidência do ICMS.

Os tributos, assim também o ICMS, pagos de forma errada, podem ser restituídos ou compensados, pelos últimos 5 anos (60 meses). Mas esse prazo só se inicia a partir de eventual distribuição de ação judicial.

Como já dito, é necessário ingressar com ação judicial para conseguir o cálculo correto do ICMS na conta de energia elétrica, já que não se tem notícia de nenhum Ente, ou concessionária de energia, que tenha regularizado a situação até hoje.

Existem diversos precedentes dando base jurisprudencial à tese apresentada:

STF: não vai julgar a tese, pois a maioria dos Ministros votaram pelo entendimento de que o assunto não é constitucional.

STJ: jurisprudência majoritária no sentido da não incidência de ICMS sobre os valores de TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão) e TUSD (Taxa de uso do sistema de distribuição) na conta de energia elétrica – 7 ministros a favor; 3 contra (composição atual da Primeira Seção). Atualmente o processo que vai definir a questão em âmbito nacional está suspenso para unificação do entendimento perante o STJ, tema 986). A Segunda Turma tem maioria formada a favor da tese, enquanto a Primeira Turma tem 3 Ministros contra e dois a favor.

TJDFT: jurisprudência no mesmo sentido do STJ (em todas as 8 turmas cíveis, à unanimidade).

TJPI: “A Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) não fazem parte da base de cálculo do ICMS, por adotar base de cálculo e fato gerador do tributo não previstos na legislação específica. O fato gerador do ICMS é a circulação jurídica da energia elétrica, não a prestação de serviço de transmissão e distribuição.

(TJPI | Agravo de Instrumento Nº 2015.0001.010838-0 | Relator: Des. Fernando Carvalho Mendes | 1ª Câmara Especializada Cível | Data de Julgamento: 16/05/2017)

TJSP: Possui várias sentenças de procedências e acórdãos favoráveis à tese, anteriores à suspensão dos processos pelo STJ, indicando uma inclinação à tese exposta. Alguns precedentes:

“Transmissão e distribuição de energia elétrica que não compõem o fato gerador do ICMS – Legitimidade do autor pacificada em recentes decisões do E. STJ – Aplicação do Tema 176 do RE nº 593.824/SC, DJe de 27/04/2020. Recursos improvidos (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1055089-81.2016.8.26.0114; Relator (a): Eduardo Gouvêa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas – 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/08/2020; Data de Registro: 11/08/2020)”

“O fato gerador do ICMS recai sobre a saída da mercadoria, ou seja, sobre a energia elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor, inequívoca a impossibilidade da sua cobrança sobre as tarifas de transmissão e de distribuição de energia – Precedentes STJ – Sentença mantida – Recursos oficial e da Fazenda não providos.
(TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1012305-69.2017.8.26.0562; Relator (a): Marrey Uint; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos – 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/10/2017; Data de Registro: 23/10/2017)”

A grande questão da discussão é a consolidação final que se aguarda, do STJ. Contudo, ainda que todas as ações estejam suspensas, a possibilidade de reaver valores pagos indevidamente nos 5 anos anteriores só se faz possível após a distribuição da devida ação judicial.

O texto, de forma alguma, orienta à litigância, mas apenas instiga ao pensamento estratégico do consumidor contribuinte, principalmente empresas com contas consideráveis, que podem se livrar de uma cobrança considerada ilegal e recuperar valores pagos a maior, a título de tributo, o que corrobora com a manutenção saudável de seu caixa e com o devido planejamento tributário.

Matheus Melo, advogado no escritório Bayma e Fernandes Advogados Associados

(1) Artigo publicado no O Estado de São Paulo. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/reducao-do-icms-incidente-sobre-energia-eletrica/>. Acesso em 10 de outubro de 2020.