

20/09/2017 - 05:00

ICMS sobre tarifas de energia elétrica

Por **Raul Furieri Pignaton Camargo de Azevedo**

Depois de mais de 15 anos de discussão perante o Judiciário, os contribuintes e os Estados estão perto de um posicionamento final sobre a possibilidade ou não de se incluir na base de cálculo do ICMS o valor pago a título da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) e da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) nas operações de fornecimento de energia elétrica.

Como se sabe, há tempos, mais especificamente desde 2004 com a celebração do Convênio ICMS nº 117/2004 pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), os Estados e o Distrito Federal vêm cobrando, dos consumidores de energia elétrica, o ICMS sobre valores pagos a título de TUSD e TUST, valores estes que, via de regra, oneram em 10% a conta mensal de energia elétrica.

Porém, como não poderia deixar de ser, ao analisar a questão com base na Lei Kandir, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio da 1ª Seção, no Recurso Especial nº 960.476/SC, decidiu que o ICMS deve incidir apenas sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, ou seja, definiu que a base de cálculo do ICMS, nas operações envolvendo o consumo de energia elétrica, deve se restringir, tão somente, ao valor da energia elétrica realmente utilizada pelo contribuinte, de tal maneira que cifras outras alheias ao produto não podem ser integradas à base de cálculo para fins de apuração do imposto, posto que não constituem fato gerador do tributo.

Diante desse quadro de incertezas, espera-se que o STJ, em definitivo, reafirme a sua jurisprudência dominante

Nesse sentido, a partir de então, o STJ, de maneira firme, vinha decidindo pela impossibilidade de inclusão da TUSD e da TUST na base de cálculo do ICMS (AgRg no REsp 1.135.984/MG, AgRg no REsp 1.278.024/MG, AgRg no REsp 1.408.485 e AgInt no REsp 1.607.266/MT) até o julgamento, pela 1ª Turma, do Recurso Especial nº 1.163.020 em 20 de abril deste ano.

Na oportunidade, mesmo sem qualquer alteração fática ou jurídica da questão que justificasse uma guinada jurisprudencial, decidiu a 1ª Turma, por maioria, vencidos os ministros Napoleão Nunes e Regina Helena Costa, negar provimento ao recurso da empresa Randon para declarar a possibilidade de incidência do ICMS sobre a TUSD, com base no argumento de que a etapa de transmissão e distribuição não constituem mera atividade meio, mas atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica. Por essa razão, a TUSD integra o preço final da operação e, por conseguinte, a base de cálculo do imposto.

Assim, com o reavivamento da discussão e a instabilidade jurídica que dela surgiu, tanto os fiscos estaduais, quanto os contribuintes, se movimentaram para obter um posicionamento final das Cortes superiores. Foi então que, em junho, a matéria chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) para aferição de repercussão geral por meio do tema nº 956 (RE 1.041.816). Na oportunidade, o STF, vencido o ministro Marco Aurélio, concluiu pelo caráter infraconstitucional da matéria, reconhecendo a competência do STJ para conceder interpretação final sobre a questão.

Nessa perspectiva, no STJ há dois recursos passíveis de julgamento com caráter vinculante, ou seja, submetidos à sistemática dos recursos representativos de controvérsia (art. 1.036 do CPC e art. 256 do RISTJ): o Recurso Especial nº 1.669.635 encaminhado pelo presidente da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo

(relatoria da ministra Regina Helena Costa) e os Embargos de Divergência opostos no Recurso Especial nº 1.163.020 (relator ministro Herman Benjamin), cujo processamento na Corte Especial foi negado.

Portanto, ao que tudo indica, ambos os recursos serão julgados em breve pela 1ª Seção - órgão responsável por dirimir divergência de posicionamento entre as duas turmas de direito público.

Diante desse quadro de incertezas, espera-se que o Superior Tribunal de Justiça, em definitivo, reafirme a sua jurisprudência dominante, de modo a afastar da base de cálculo do ICMS os valores pagos pelos contribuintes a título de remuneração da rede de distribuição de energia elétrica, mais especificamente relativos a TUSD e a TUST.

Não obstante, sem nos descuidarmos do fato de que, no Brasil, até o passado é incerto, caso o tribunal entenda por alterar sua orientação jurisprudencial, que faça valer o princípio da segurança jurídica e conceda apenas efeitos prospectivos a uma eventual decisão desfavorável aos contribuintes, como estabelece o parágrafo 3º, do artigo 927, do Código de Processo Civil.

Raul Furiere Pignaton Camargo de Azevedo é advogado do escritório Bichara Advogados em Brasília

Este artigo reflete as opiniões do autor, e não do jornal Valor Econômico. O jornal não se responsabiliza e nem pode ser responsabilizado pelas informações acima ou por prejuízos de qualquer natureza em decorrência do uso dessas informações