

Diminuindo o ICMS da Conta de Energia Elétrica

por Cristiano de Oliveira Schappo

Ao tratar dos impostos dos Estados e do Distrito Federal, a Constituição Federal (art. 155, II), definiu a hipótese de incidência do ICMS, qual seja, as operações relativas à circulação de mercadorias ou à prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de consumo.

No caso específico da energia elétrica, somente poderá incidir o ICMS sobre a energia efetivamente consumida, porquanto, apenas neste caso, haverá a circulação de mercadoria caracterizada pela transferência do bem adquirido (energia elétrica) ao consumidor.

No entanto, os Estados há muito vêm adotando como base de cálculo do ICMS, não apenas o “consumo” (*preço da energia elétrica efetivamente consumida*), mas, também, sobre outras rubricas que são destacadas nas faturas de energia elétrica e que não representam o verdadeiro fato gerador do imposto. São os casos da "DEMANDA", "TUSD" e "TUST".

O que é "demanda"? A demanda reservada de potência é o contrato que a empresa firma com a concessionária local a fim de garantir o fornecimento de uma determinada quantidade de energia elétrica. Entretanto, em muitas situações, esta demanda contratada nem sempre é utilizada, mas o ICMS na fatura é cobrado sobre o valor integral do contrato, o que é ilegal.

Esta questão já foi pacificada no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça, quando da edição da Súmula nº 391: "*O ICMS incidente sobre o valor da tarifa de energia elétrica corresponde à demanda de potência efetivamente utilizada.*"

O que é TUSD e TUST? São tarifas de uso do sistema de transmissão e de distribuição de energia elétrica. Com regulamentação do mercado de

consumidores livres, muitas empresas passaram a contratar a compra de energia elétrica diretamente de geradores, comerciantes ou importadores independentes, negociando diretamente o preço da energia contratada, nos moldes da Lei nº 9.074/95, com o objetivo de estimular a competição entre potenciais fornecedores de energia.

Em decorrência desses contratos, e para que os fornecedores de energia elétrica (*do mercado competitivo*) passassem a usufruir da estrutura física do sistema de distribuição e de transmissão já existente, estipulou-se um custo, ou seja, tarifas de uso do sistema de transmissão e de distribuição de energia elétrica denominadas de TUST e TUSD. No entanto, essas tarifas não se subsumem à hipótese de incidência do ICMS, porquanto não implicam em circulação de mercadoria. Portanto, a incidência do ICMS sobre a TUST e TUSD é ilegal.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já consolidou entendimento segundo o qual não incide ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição de energia elétrica, já que o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão.

Por fim, outro questionamento judicial acerca da energia elétrica está relacionado com a alíquota aplicada. Em Santa Catarina, conforme legislação estadual, as alíquotas de ICMS variam entre 17% (operações em geral) e 25% (produtos supérfluos), conforme a essencialidade de cada produto.

No entanto, mesmo tratando-se de um produto essencial, o legislador estadual, equivocadamente, aplicou sobre o consumo de energia elétrica a alíquota máxima (25%), ou seja, a mesma incidente, por ex.: sobre cigarro, bebidas alcoólicas, iates. Vale dizer, ao invés de aplicar a alíquota geral (17%), o Estado estabeleceu a alíquota majorada destinada aos produtos considerados supérfluos. Nessas condições, inconstitucional a alíquota do ICMS incidente sobre a energia elétrica, por ofensa à Constituição Federal (art. 155, II, §2º, III).

Esta relevante discussão é tema de repercussão geral pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

Em tempos de recessão econômica, tornam-se ainda mais relevantes esses questionamentos judiciais, porquanto, as empresas, além da redução dos seus custos mensais com energia elétrica, terão o direito à restituição dos valores pagos indevidamente, nos últimos 5 anos, a título de "DEMANDA" (contratada e não utilizada), "TUSD" e "TUST", bem como a diferença de alíquota do ICMS de 25% para 17%.

() Cristiano de Oliveira Schappo é sócio sênior da Teixeira Filho Advogados, em Joinville www.teixeirafilho.com.br*