

A INCIDÊNCIA DA TARIFA DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO E TARIFA DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO

Ana Paula Souza da Costa¹
Pedro Paulo Peixoto da Cintra Silva Junior²

RESUMO

O estudo científico consiste em analisar a incidência do ICMS na conta de energia elétrica que é composta pela geração de energia elétrica, pelos encargos, pela tarifa de utilização de distribuição e tarifa de utilização de transmissão, incluso na conta de energia elétrica paga pelos consumidores. Porém, existe divergência jurisprudencial a respeito da legalidade da incidência do ICMS em relação às tarifas de utilização de distribuição TUSD e de transmissão TUST. Diante dessa divergência o presente estudo tem por objetivo analisar os fatores que levam os Ministros a serem favoráveis ou não a inclusão da TUSD ou TUST na base de cálculo do ICMS.

Palavras-chave: Energia elétrica; ICMS; cobrança.

1. INTRODUÇÃO

O ICMS surgiu através da Constituição Federal de 1988, compondo o atual Sistema Tributário Nacional que entrou em vigor em 1º de março de 1989, extinguindo os impostos especiais de incidência única de competência federal. Houve a incorporação dos aludidos produtos ao campo de incidência do ICMS, uma vez que tais bens são mercadorias suscetíveis de circulação.

Já o art. 155, I, b, da CF/88 (na redação da EC nº 3/93), ao estabelecer o campo de incidência do ICMS, nele incluiu as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Tal fato se deu em virtude da retirada da esfera de competência tributária da União, dos impostos sobre serviços de transportes e de comunicação, pela Assembleia Nacional Constituinte.

Conforme a interpretação do texto constitucional e da LC 87/96 (Lei Kandir) acautelada expressamente na legislação tributária do ICMS em cada Estado, a energia elétrica é considerada uma mercadoria.

¹UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Aluna da disciplina TCC II, turma DIR 13/2BN. E-mail – paulinha024435@hotmail.com

²UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Especialista, Orientador (a). E-mail – pedropaulo@peixotoecintra.com.br

Contudo, embora a transmissão e a distribuição façam partedo conjunto dos elementos essenciais, é possível o fracionamento das etapas que percorre a energia elétrica até chegar efetivamente ao consumidor e, constitui o fato gerador - a situação de fato, prevista na lei de forma prévia pelo legislador, de forma genérica e abstrata, que, ao ocorrer no mundo real, faz com que, pela materialização do direito ocorra o nascimento da obrigação tributária — do ICMS, isto posto, observa-se que apenas ocorre no momento da transmissão de propriedade de mercadoria, o que não se constata nas fases de distribuição e transmissão, corroborando a ilegalidade da incidência TUST/TUSD na base de cálculo do ICMS.

2.O PROCEDIMENTO DA COBRANÇA DOS IMPOSTOS SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS

De acordo com a pesquisa realizada pelo jurista Rolim Gaia Silva, oICMS sobre TUSD e TUST tem natureza jurídica contraprestação da disponibilização do uso dos sistemas de rede – visam assegurar a compatibilidade entre os montantes de uso e o consumo de energia; não se confundem com a remuneração da energia Fato gerador – aspecto material: circulação da mercadoria de energia elétrica e transferência da propriedade são feitos por aspecto temporal: saída da mercadoria energia elétrica ICMS incide sobre o fornecimento do consumo de energia - montantes de uso não refletem o consumo, e sim a disponibilização do uso da rede.³

Nesse sentido Tomalsquim (2011) aponta que a carga básica é constituída por instalações de transmissão e equipamentos de subestação em preocupação de 230 V ou superior e transformadores de potência com preocupação primária de 230 V ou superior e tensões secundárias e terciárias10 a 230 kV, bem como as respectivas conexões e demais equipamentos relacionados ao terciário, a começar por 01 de julho de 2004. “Não atravancaste, a legislação impõe a afastamento das contratações de força daquelas de acesso e consumo às redes de transmissão”.

A distribuição é a última etapa do suplemento do setor de fornecimento de energia elétrica, o acesso ao sistema pelos consumidores do grupo B, de acordo com Normativa ANEEL nº 414/2010, é dado por meio da celebração de um simples

³Disponível em <<https://www.abce.org.br/downloadds/xisimosio/lucianagoulart.pds>> Acesso em 15 de junho de 2018

contrato, já para os consumidores ativos do grupo A (alto consumo) e para os consumidores livres e especiais.

Assim, o ex-governador do estado, Dante de Oliveira privatizou o setor de energia elétrica ocorrendo algumas modificações no vínculo de fabricação de força, quais sejam, ascendência, transmissão e distribuição.

Frequentemente nas usinas hidrelétricas, ela é direcionada, por meio das linhas e torres de transmissão, para os Municípios. Ao alcançar nas cidades, a força passa pelas subestações e, por transformadores de distribuição, os quais adaptam tensão a uso dos consumidores.

Os impostos sobre circulação de mercadorias e serviços relativos são tarifas relacionadas à aquisição da força elétrica para retribuir o consumo do sistema de transmissão e abastecimento. Bastante ainda que essas tarifas não se confundam com a energia elétrica em si, esta efetivamente a produto para fins de tributação dos impostos sobre circulação de mercadorias e serviços ICMS, os Estados as abrange abarcado na base de aferição do imposto com abc nos Convênios ICMSnº 117/2004 e 95/2005 (e posteriores modificações).

Referidas circunstancia determinam que o consumidor seja o encarregado pelo pagamento dos impostos sobre circulação de mercadorias e serviços por causa da transmissão e distribuição dos serviços de energia elétrica. No entanto, referida arrecadação não possui abrigo legal ou constitucional.

3. CONTEXTO HISTÓRICO TARIFA DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO E TARIFA DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO

A distribuição de energia elétrica se sujeita à existência do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços, imposto sobre circulação de itens e sobre prestações de serviços de transporte intermunicipal, interestadual e de comunicação, de alcance dos Estados e do Distrito Federal. No entanto, se abrangem cobrando os ICMS sobre as tarifas de consumo do sistema de transmissão e de distribuição (TUST e TUSD), dando início à alteração jurídica sobre a conformidade ou não dessa base de aferição.

Conforme a Instituição Federal, o feito agente dos impostos sobre circulação de mercadorias e serviços é a circulação de produto ou prestação de serviços, entre Municípios e Estados, de transporte e de comunicação.

Porém, para dever caracterizada a circulação, precisa de alteração da titularidade jurídica do bem. Além disso, os impostos sobre circulação de mercadorias e serviços precisam enfrentar somente sobre o produto, no caso a energia elétrica, e não sobre os serviços alheios ao produto usado, também que tenham realizado parte de sua produtividade (CF/88 e LC nº 87/96).

De acordo com o art. 12. da Lei Kandir, sobre o fato gerador, aduz que “Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”.

De acordo com Sabbag (2012) na Instituição Federal são atinentes as coisas relativas à circulação de itens indicando atitudes ou serviços que implicam a circulação capaz de corporificar o trajeto do produto da fabricação até o uso. O bem sai da titularidade de um adstrito e passa à titularidade definitiva de outro.

4. A DIVERGÊNCIA DOS IMPOSTOS SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS DE TARIFA DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO E TARIFA DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO

As incidências dos ICMS trouxeram aos cenários jurídicos, a Lei Complementar nº 87/96 cuidou de abranger, conforme o previsto no art. 155, inciso II da Constituição Federal, tão somente as operações relativas à circulação de mercadorias. Esta é a expressa determinação do artigo 2º da referida Lei Complementar, conforme abaixo:

Neste sentido o artigo 2º da lei complementar nº 87/96 menciona que o imposto incide sobre: I—“operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares; (...).”

Portanto, o fato gerador do imposto só pode ocorrer *in casu*, pela entrega da energia ao consumidor, não sendo outra a disposição constante do art. 12, inciso I da Lei Complementar nº 87/96: “Art. 12 - Ocorre o fato gerador do imposto no

momento:l - “da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”.

A própria Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL comunga deste entendimento, esboçado em sua Resolução nº 414/2010, esclarecendo, para fins de responsabilidade, o momento em que ocorre a transferência da mercadoria (energia elétrica) para o consumidor. Nota-se que a Tarifa pelo Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) não é paga pelo consumo de energia elétrica, mas pela disponibilização das redes de transmissão de energia.

Assim, como o encargo de conexão, não se pode admitir que referida tarifa seja incluída na base de cálculo do ICMS, uma vez que estes não se identificam com o conceito de mercadorias ou de serviços.

Sendo aplicado ao caso, conforme os tribunais e a doutrina, a Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça, que determina “Súmula nº 166 - Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Nesse sentido, escreve o consagrado Machado:“As prestações de serviços sujeitas ao ICMS são aquelas relativas a transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, exclusivamente.

A competência para tributar os serviços em geral permanece com os Municípios. “Daí ser inadmissível a inclusão, mesmo através de lei complementar, do valor de determinados serviços na base de cálculo do ICMS.”

O renomado Tributarista Palsen escreve pela não incidência do ICMS sobre a TUSD/TUST.

“Transmissão e distribuição de energia elétrica. 'As linhas de transmissão e de distribuição são meios necessários para a propagação do campo elétrico gerado na fase de geração de energia elétrica, produzindo efeitos nos elétrons livres existentes na fiação da residência do consumidor. esse passo, inexistindo qualquer prestação de serviço de transporte nas linhas de transmissão e distribuição, concluímos que a atividade praticada pelas concessionárias não se subsume ao aspecto material do ICMS. Portanto as receitas auferidas pelas concessionárias de transmissão e distribuição a título de encargos de conexão e uso da rede não devem fazer parte da base de cálculo do ICMS incidente sobre a prestação de serviço de transporte intermunicipal e interestadual' (Neto, horário Villen. A Incidência do ICMS na Atividade Praticada pelas Concessionárias de Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica. RET nº 32, jul/ago/03, p. 41). Não-incidência sobre a TUSD e a TUST. "(...) como a Constituição e a LC nº 87/96 provêem a incidência do ICMS sobre o efetivo fornecimento de energia, no novo

modelo setorial, não se enquadra na hipótese de incidência desse imposto (disponibilizar o uso da rede é diferente de fornecer energia).⁴

Enquanto a Constituição Federal e a legislação complementar determinarem que os ICMS incidem sobre o efetivo fornecimento de energia e que a sua base de cálculo é o preço da operação da qual decorrer a saída (operações internas ou a entrada (operações interestaduais) da energia, as tarifas de uso dos sistemas de distribuição e de transmissão não serão passíveis de incidência desse imposto estadual' (Saliba, Luciana Goulart F.; Rolim, João Dárcio. Não-incidência do ICMS sobre as Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição (TUSD) de energia elétrica. RDDT 122/50, nov/05).

5. A ARRECAÇÃO ILEGAL DOS IMPOSTOS SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS

Os ICMS que incidem na tarifa da energia elétrica trazem a arrecadação inadequada dos impostos sobre circulação de mercadorias e serviço sobre a confecção da energia elétrica.

A distribuição de energia elétrica é sujeita à existência dos impostos sobre circulação de mercadorias e serviços. Acontece que os Estados estão exigindo impostos sobre circulação de mercadorias e serviços sobre a Coleta de Consumo do Sistema de Transmissão – TUST e a Coleta do Consumo do Sistema de Distribuição – TUSD, devidas como remuneração pelo consumo da carga básica do sistema de transmissão e da carga de distribuição de energia elétrica.

O imposto deveria ser apontado somente sobre o valor do produto (energia elétrica consumida). Entretanto, vem sendo cobrado sobre as tarifas de consumo do sistema de distribuição (TUSD), transmissão (TUST), dentre mais, fatos que não gerariam a existência do imposto, o que torna sua arrecadação completamente defeso.

Dessa maneira, esta arrecadação defeso pode demonstrar, dependendo da porcentagem de ICMS cobrada em seu Estado, até 50% do ICMS cobrado em cada

⁴. Disponível em http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17668> Acesso em 12 de junho de 2018.

conta de energia elétrica, o que pode consistir uma diminuição imediata de até 20% (vinte por cento) do valor completo da sua conta.

Além disso, você também conseguirá acolher de volta os princípios retroativos, indevidamente cobrados nos últimos 5 (cinco) anos, corrigidos pela cadastro da SELIC, o que pode demonstrar, em vários casos, princípios bem elevados.⁵

5.1 O ENTEDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA TARIFA DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO E TARIFA DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO

Em relação ao posicionamento dos tribunais superiores acerca da utilização do TUST e do TUSD na base de cálculo na distribuição da energia elétrica há divergências quanto a decisões relacionadas à matéria em discussão.

O Tribunal de Justiça suspendeu todos os casos, por decisão do Ministro Herman Benjamin, relator do recurso repetitivo. Porém, não fica suspenso a apreciação de liminares que aparecerem nos tribunais, sob o risco de lesão a direito líquido e certo.⁶

Na decisão de primeira instância, a juíza Carolina Cardoso, após julgar a liminar excluindo a TUSD e a TUST da base de cálculo do ICMS, mandou suspender a tramitação do caso até agosto de 2018, quando deve ser analisado o recurso repetitivo no STJ. Sendo assim, considerando que a decisão do TJ/SP foi publicada em 09/08/2017 e o disposto no art. 1.037, § 5º do Código de Processo Civil, suspendo o processo até 09/08/2018, quando, então, será observado o julgamento do referido Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ou retomado o curso normal do feito”, diz trecho da decisão.

6. SITUAÇÃO ATUAL NO MATO GROSSODAS TARIFAS DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO E TARIFA DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO

Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-28/nao-logica-cobrar-icms-tarifa-transmissao-energia>>. Acesso em 10 de junho de 2018.

Em relação a atual situação de Mato Grosso quanto a inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e da tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) na base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica, o Superior Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso decidiu pela suspensão de todos os processos pendentes que questionam a ilegalidade da cobrança.

Essa decisão parte da 1ª Seção do STJ, em dezembro de 2017, se posicionando que esta situação será discutida em (IRDR - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas), nos referidos REsp 1.692.023/MT, o REsp 1.699.851/TO e o EREsp 1.163.020/RS.⁷

O julgamento do Incidente deve acontecer até meados de agosto de 2018, e a decisão terá efeito vinculante, ou seja, seus efeitos serão aplicados em todos os casos que versam sobre essa matéria, sobre todos os juízos e tribunais do Brasil.

Em Mato Grosso, o Tribunal de Justiça possui mais de 800 julgados que acolhem a tese dos contribuintes mato-grossenses. Entre os litigantes estão empresas ou pessoas físicas que questionam na justiça, a cobrança do ICMS sobre a TUST e a TUSD. (MÍDIA JUR, 2018)

No tocante ao pagamento do ICMS (sobre TUSD/TUST), as empresas ou pessoas físicas que já obtiveram a suspensão da cobrança em ações julgadas (sentença ou acórdão), vão continuar sem pagar o tributo até o julgamento definitivo da questão. (MÍDIA JUR, 2018)

O desembargador Rui Ramos Ribeiro, revogou parcialmente o entendimento do seu antecessor desembargador Paulo da Cunha, no incidente de Suspensão de Segurança nº 53.157/2015, após um novo pedido de aditamento feito pelo Estado de Mato Grosso, por entender que a suspensão somente afetaria as liminares e outras decisões precárias nos processos em curso. Com isso, os contribuintes que já haviam ingressado com pedidos de exclusão/suspensão da cobrança etinham seus processos já sentenciados poderiam voltar a ter o desconto do ICMS na fatura de energia (sobre TUSD/TUST), bastando para isso provocar o judiciário. (MÍDIA JUR, 2018)

⁷Disponível em <<http://www.midiajur.com.br/conteudo.php?sid=235&cid=28788>> Acesso em 15 de Junho de 2018.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É nítida a dúvida jurídica causada pelo exagero de código no mercado aberto e como essas quantidades de mudanças determinadas pelo governo afetam o setor e estão causando a judicialização citada de várias apresentações no mercado aberto.

O administrador abandonado a condições inesperadas não possui como arquitetar acertadamente seu abalo energético e encontra-se a absolvição do complicado código em citada oscilação. É fundamental que se tenham condutas mais claras sobre o mercado aberto de energia elétrica, e preciso arbítrio que disponha sobre cerimônia a serem seguidas evitando ingerência.

Os ICMS mencionados incidem na circulação de produto de uma determinação para outra determinação. Tendo como feito agente a circulação da energia e perante do aclarado ser a TUSD um pagamento pelo consumo do sistema, vários tribunais abrangem acertados que a TUSD e TUSD não comporiam a base de aferição do ICMS, uma vez que estas são um pagamento pelo consumo da carga e não a circulação da energia que é agradecimento como uso.

Os consumidores finais de energia elétrica estão sendo prejudicado, razão pela qual precisam ser admitido direito de determinar da coatora (Estado) abstenha-se de apoderar-se ICMS sobre a cobrança de consumo do sistema de distribuição, identificada nas faturas de energia elétrica.

No Tribunal Superior de Justiça proferi que o ICMS há de acometer tão apenas aos princípios relativos à Alíquota de energia. Cabe ao forense adaptar os Princípios Constitucionais em favor do consumidor e realizar as companhias que distribuem energia elétrica abismar-se das suas receitas os encargos, podendo o colaborador danificado exigir a adiamento e indébito juntamente a cada Estado (devolução).

Por fim, o ICMS incide no momento em que a força elétrica (produto) circula, sendo este o feito agente desta natureza de imposto, não sendo feito agente de ICMS o serviço de transporte e distribuição de força elétrica.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 166**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 15 junho. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito Tributário. 27. ed. São Paulo:

BRASIL, **Código de Processo Civil**, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: Acesso em: 14 junho 2018.

BRASIL. **Agência Nacional de Energia Elétrica**. Disponível em: <www2.aneel.gov.br >. Acesso em: 12 de junho de 2018.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acesso em: 14 junho 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**, Brasília-DF: Senado, 1988. Lei Complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acesso em: www.stj.com.br. Acesso em 08.Jul.2018.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2007. CARVALHO, Paulo de Barros. Teoria da norma tributária. 5. ed., São Paulo:

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 14. ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário. 5. Ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

Disponível em <<https://www.abce.org.br/downloadds/xisimposio/lucianagoulart.pds>> Acesso em 15 de junho de 2018

Disponível em <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17668> Acesso em 12 de junho de 2018.

Disponível em <<http://www.midiajur.com.br/conteudo.php?sid=235&cid=28788>>
Acesso em 15 de Junho de 2018.

FARIA, Carlos Silva, **Substituição Tributária do ICMS - Injusta Imposição Confiscatória** - Após Recentes Julgados do STF – 2.ed., Rio de Janeiro: Revista atualizada , 2008.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

SALOMÃO, Marcelo Viana. ICMS na importação. São Paulo: Atlas, 2000.

TOMALSQUIM, Maurício. **Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro**, NERY, Eduardo, Mercados e Regulação de Energia Elétrica. 2º edição, São Paulo: revista e ampliada, 2011.