



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INCIDÊNCIA DAS TARIFAS DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO
(TUSD) E DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSMISSÃO NA BASE DE
CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS
(ICMS) NAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA

Deyvid Mattos Esposito

Rio de Janeiro
2018

DEYVID MATTOS ESPOSITO

A INCIDÊNCIA DAS TARIFAS DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) E DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSMISSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) NAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2018

A INCIDÊNCIA DAS TARIFAS DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) E DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSMISSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) NAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA

Deyvid Mattos Esposito

Graduado pela Faculdade de Direito Estácio de Sá. Advogado

Resumo – A (in)constitucionalidade na inclusão da tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas contas de energia elétrica e seus desdobramentos. O entendimento divergente entre as turmas do STJ e a não apreciação do tema pelo STF, que não entendeu o tema pertinente a incidir sua averiguação. O impacto que pode ocasionar aos Estados ante a decisão do STJ. Indivisibilidade x transferência da mercadoria ao consumidor final.

Palavras-chave – Direito Tributário. Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS). Tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e Tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST)

Sumário – Introdução. 1. Natureza da incidência do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) com base no CTN e na Lei Complementar nº 116/03. 2. Posicionamento e argumentos trazidos pelas Turmas do STJ e pelo STF. 3. (In) Constitucionalidade na cobrança da tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas contas de Energia Elétrica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a legalidade e constitucionalidade da incidência das tarifas tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas contas de energia elétrica.

Para tanto, serão abordados os debates jurídicos sobre o tema, bem como análise do material legislativo e jurisprudencial.

O tema traz controvérsias tanto no âmbito constitucional como também no âmbito infraconstitucional, não tendo até a presente data sido pacificado pela doutrina e jurisprudência.

O primeiro capítulo abordará toda a temática estrutural do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), desde seu fato gerador até a abordagem objetiva dos elementos da base de cálculo, bem como a natureza conceitual das tarifas tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST), o

que permitirá uma avaliação sobre a pertinência ou não de sua incidência na base de cálculo nas contas de energia elétrica.

Dessa forma, ficará inicialmente delimitado e demonstrado todo o plano concreto que será abordado no decorrer do artigo científico.

O segundo capítulo é analisado objetivamente, aos olhos dos dispositivos legais referentes ao tema, a legalidade/constitucionalidade ou não da incidência das tarifas tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas contas de energia elétrica, trazendo à baila os posicionamentos dos Tribunais Superiores.

Observa-se que, por meio da análise que ser realizada no segundo parágrafo, poderemos construir uma tese favorável ou não a incidência da tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas contas de energia elétrica, pois serão consideradas as teses elencadas pelas Turmas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, no terceiro e último capítulo, ficará demonstrada que não deve incidir tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas contas de energia elétrica, tendo em vista a natureza essencial da base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS)

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador irá eleger um conjunto de proposições hipotéticas para analisar o objeto da pesquisa.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, porquanto o pesquisador pretender se valer da doutrina e jurisprudência pertinentes e temáticas em foco.

1. NATUREZA DA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) COM BASE NO CTN E NA LEI COMPLEMENTAR Nº 116/03

O imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), sucessor do IVC (Imposto de Vendas e Consignações), foi instituído pela reforma tributária da Emenda

Constitucional nº 18/65. É de competência dos Estados e do Distrito Federal, representando para tal algo próximo a 80% (oitenta por cento) da arrecadação¹.

Sua regulamentação infraconstitucional está prevista na Lei Complementar 87/1996 (a chamada “Lei Kandir”), alterada posteriormente pelas Leis Complementares 92/97, 99/99 e 102/2000.²

Possui como base elementar do fato gerador a circulação de mercadoria ou prestação de serviços interestadual ou intermunicipal de transporte e de comunicação, ainda que iniciados no exterior.³

Em um outro foco, Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.⁴

Ratifica-se que o fato gerador do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) ocorre no exato momento em que há transferência de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente.

Após delimitar o que é imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), seu fato gerador e incidência, deve-se ter olhos para a base de cálculo, cerne objetivo da divergência em comento. Assim, imperioso verificar o que compõe o elemento base de cálculo, bem como tudo o que nele possa consubstanciar.

A base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), nos casos de circulação de mercadorias, como no caso em tela, compõe-se pelo valor da operação. Assim, analisando friamente, permite dar margem a interpretação para os dois polos de divergência, ou seja, há quem entenda que o preço da distribuição e transmissão estaria embutido na cobrança de energia elétrica, por isso faria parte da cobrança nas contas de energia elétrica. Em um outro prisma, verifica-se nas contas de energia elétrica que o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) é cobrado separadamente sobre a transmissão e distribuição, o que seria, em tese, inconstitucional⁵.

1 SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1146

² ibidem

³ ibidem

⁴ SABBAG. op. cit., Nota 1

⁵ Ibidem.

Como o presente parágrafo possui o simples objetivo de basilar o entendimento sobre o tema em comento, tal divergência será melhor discutida nos parágrafos que se sucederão.

Vale mencionar nesse momento que o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) não incide sobre o simples fato de a mercadoria se deslocar dentro do Estabelecimento comercial sem que haja a efetiva transferência da titularidade.

Em outras palavras, a mera circulação da mercadoria não caracteriza a incidência de imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), e sim quando há transferência da titularidade no que diz respeito a mercadoria, que no caso em tela é a energia elétrica. Para que haja a transferência da mercadoria energia elétrica, deve o produto chegar efetivamente a casa do consumidor e, por conseguinte ser utilizada.

Súmulas como as de número 391⁶ e 167⁷, ambas do Superior Tribunal de Justiça foram estipuladas no decorrer dos anos, por meio da jurisprudência, que sempre enveredou a respeitar a efetiva interpretação normativa da lei. Importante dizer que tais súmulas serão melhor abordadas no parágrafo abaixo discutido.

Após a análise sobre o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), seu fato gerador, seu sujeito passivo, bem como sua base de cálculo nos casos de energia elétrica, imperioso discutir sobre o que são as tarifas tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST).

O significado da sigla TUSD é a sigla para Tarifa de Utilização de Serviços de Distribuição e TUST para Tarifa de Utilização de Serviços de Transmissão. Trata-se de tarifas pagas pela Concessionária de Energia Elétrica aos reais produtores de Energia Elétrica, no ato de compra de energia elétrica, com o propósito de remunerar a manutenção do sistema de distribuição e de transmissão, respectivamente⁸.

As cobranças passaram a existir após a privatização existente no setor elétrico, onde houve uma separação da cadeia produtiva da energia, quais sejam, geração, transmissão e

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 391*: O IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente á demanda de potência efetivamente utilizada. In *Súmulas*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas. Acesso em: 29.nov.2018.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 166*: Não constitui fato gerador do IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_12_capSumula166.pdf. Acesso em: 29.nov.2018.

⁸ PORTAL BRASIL. *Entenda como a energia elétrica chega à sua casa*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/infraestrutura/2014/08/entenda-como-a-energia-eletrica-chega-a-sua-casa>.> Acesso em: 28.nov.2018.

distribuição. Após a produção da energia elétrica, geralmente nas Usinas Hidrelétricas, ela é redirecionada, por meio das linhas e torres de transmissão, para os Municípios⁹.

Ao chegar nas cidades, a energia elétrica passa pelas subestações e, posteriormente, por transformadores de distribuição, os quais adequam a voltagem à utilização dos consumidores¹⁰

Os valores das tarifas, tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST), incidem em toda a cadeia de produção de energia elétrica, inclusive no consumidor final. Ademais, o que se discute no presente artigo não é a validade ou não no pagamento das tarifas, mas sim a incidência de imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nos valores referentes as tarifas tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST), tendo em vista que o consumidor obtém a mercadoria energia elétrica, incidindo imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) e outros tributos sobre ela.¹¹

Por fim, como forma apenas de elucidar a relação de legitimidade das Concessionárias de Energia Elétrica, o Estado é o efetivo responsável pela disponibilização da Energia Elétrica a sociedade como um todo. Entretanto, utiliza de modalidade pública de concessão para que Empresa do setor privado realize a disponibilização da energia elétrica já adaptada para uso doméstico aos consumidores finais.

Porém, a responsabilização da tributação com relação ao imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) é toda do Estado, devendo esse arcar com as despesas de restituição, caso o STJ decida dessa forma, como se vê no próximo parágrafo.

Portanto, após delimitar todos os pontos atinentes a divergência existente no tema em comento, necessário é trazer à baila o posicionamento dos Tribunais Superiores no que diz respeito a legalidade e constitucionalidade da incidência das tarifas tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas contas de energia elétrica.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 6

¹⁰ Ibidem

¹¹ PORTAL BRASIL. *Contribuição Copel*. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2004/047/contribuicao/copel-contribuicao.pdf>>. Acesso em: 28.nov.2018

2. POSICIONAMENTO E ARGUMENTOS TRAZIDOS PELAS TURMAS DO STJ E STF.

Inicialmente, imperioso destacar que o tema se encontra com grande divergência em nossos Tribunais Superiores, não tendo até o momento sido pacificado entendimento sobre a constitucionalidade ou não da incidência da tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas contas de energia elétrica.

Assim sendo, será apresentado os posicionamentos e argumentos elencados por cada Turma do STJ, bem como pelo STF.

Em março de 2017, a Primeira Turma do STJ decidiu pela legalidade na incidência do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) na tarifa de distribuição de energia elétrica cobrada nas contas de grandes consumidores que adquirem a energia elétrica diretamente das empresas geradoras¹².

Grandes consumidores seriam aqueles que compram energia elétrica na chamada “demanda contratada”. Em outras palavras, grandes estabelecimentos comerciais, como Shopping, Supermercados e Empresas em geral estabelecem contratos com as Concessionárias de Energia Elétrica, no qual estabelecem a compra periódica de um número certo de KW/H.

Como forma de consubstanciar o que foi supracitado, vale dizer que ficou definido pelo STJ, por meio do REsp nº 343.952/MG¹³, de Relatoria da Ministra Eliane Calmon, o fato de que o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) somente poderia incidir na energia elétrica efetivamente utilizada.

Fundamentou-se para tanto que somente incide imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) na energia elétrica ao qual foi efetivamente transmitida ao Consumidor, tendo em vista que o imposto em comento apenas incide quando há a real transferência da titularidade da mercadoria.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp nº 1687596/SP*, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 22/11/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1687596&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 28.set.2018.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 343.952/MG*, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2002, DJe 17/06/2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp.+343.952&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO> Acesso em 28.set.2018.

Entretanto, com o passar do tempo, ocorreu a incidência de tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) aos consumidores comuns de energia elétrica, ou seja, aqueles que não efetuam contrato prévio de disponibilização de uma quantia exata de KW/H.

Por maioria, a Primeira Turma do STJ entendeu, por meio do REsp nº 1163.020/RS¹⁴, que é impossível separar a atividade de transmissão e distribuição de energia das demais, já que ela é gerada, transmitida, distribuída e consumida simultaneamente. O relator, Ministro Gurgel de Faria, foi acompanhado pelos Ministros Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina, sendo vencidos os Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Regina Helena Costa.

Após o Julgamento, a parte recorrente ingressou com Embargos de Divergência na Corte Especial, tendo seu pedido indeferido liminarmente e redistribuído à Primeira Seção, colegiado que reúne os dez ministros da Primeira e da Segunda Turma do STJ, ambas especializadas em Direito Público¹⁵.

Na análise da Controvérsia, o relator do caso na Primeira Seção, Ministro Herman Benjamin, destacou a relevância da matéria para o orçamento dos Estados, justificando o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos para definir a tese a ser aplicada nesses casos.¹⁶

Como se pode denotar do que fora anteriormente dito, a questão da incidência das tarifas de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e de utilização de serviço de transmissão (TUST) saiu do plano de discussão jurídica doutrinária para o âmbito político. Corriqueiramente, as manifestações e decisões sobre o tema em comento se referem à precária situação dos Estados, que supostamente não possuiriam condições de adimplir as futuras restituições dos valores.

Entretanto, é cediço que há outros mecanismos de se buscar compor esse enorme prejuízo trazido aos consumidores, que estão atualmente pagando imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) de itens que não compõem a real base de cálculo da conta de energia elétrica. O Poder Público poderia realizar Compensações a outros tributos estaduais como IPVA, permitindo assim desfazer verdadeira mazela financeira ao qual a sociedade vem adimplindo com a cobrança de imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS)

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1163020/RS*, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1163020&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 29.nov.2018

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ *Ibidem*

com base nos valores de tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST).

Para as Pessoas Jurídicas, os Estados poderiam pensar em Compensações com base no próprio imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), o que permitiria inclusive o fomento as suas atividades, aquecendo a economia e permitindo o “giro da roda” da microeconomia, o que gera empregos e permite um aumento significativo na arrecadação.

O tema, como já era esperado, chegou ao STF, sendo apreciado pelo Supremo, que por intermédio do relator entendeu que o tema não comportaria a pertinência de avaliação do STF, determinando para tanto que fosse julgado e decidido pelo STJ.

Portanto, o Tema encontra-se com grave divergência entre as Turmas do STJ, sendo uma por unanimidade a favor do Consumidor e outra por maioria a favor da Concessionária. Nesse passo, o STF preferiu manter-se sobre os muros de sua competência, que no caso em tela não quis estender.

Nos Estados, os Tribunais de Justiça determinaram a suspensão dos processos até o julgamento do repetitivo, como forma de resguardar o princípio da segurança jurídica.

Os Consumidores de energia elétrica comuns, que comportam hoje mais de 60% da sociedade brasileira, possuem duas opções, quais sejam, torcem para que o Estado se recupere financeiramente, o que permitirá ao STJ tomar a decisão correta e decente, ou provavelmente será tomada mais uma decisão fundamentada na razoabilidade e proporcionalidade, que por fim sempre tem alguém “pagando a conta”, o povo.

3. (IN)CONSTITUCIONALIDADE NA COBRANÇA DA TARIFA DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) E TARIFA DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSMISSÃO (TUST) NA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) NAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA.

Após a análise feita com relação aos conceitos gerais do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), bem como sobre os posicionamentos jurisprudenciais do STJ e STF sobre o tema, será abordada a constitucionalidade ou não da cobrança de tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto nas contas de Energia Elétrica.

Nesse passo, importante dizer a tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) são rubricas que não representam efetivo consumo de energia e, por isso, não integrariam o valor da operação de abastecimento energético, para fins de incidência na base de cálculos.

Não se pode considerar, portando, a incidência de tais tarifas na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), pelo simples fato de que, quando da ocorrência da tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST), a mercadoria continuar na titularidade da Concessionária de Energia Elétrica, não podendo se cogitar uma transferência ficta, por afrontar integralmente o princípio da legalidade.

Ademais, se a tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) viessem a integrar o valor da energia elétrica, nas contas de luz deveria constar o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) incidindo especificamente sobre o valor efetivo gasto com relação a energia elétrica. Pelo contrário, os valores são separados, quais sejam, o do efetivo gasto de energia elétrica, tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST), demonstrando serem aferidos de forma separada, o que refuta e fragiliza totalmente os argumentos da íclita Primeira Turma do STJ que sustenta a tese da impossibilidade de divisibilidade entre as tarifas e a energia elétrica.

Imperioso nesse momento, trazer à baila a súmula 391 do STJ¹⁷, que basicamente declara que o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

Não poderia ser ao contrário, pois o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) sendo um imposto incidente sobre a transferência da mercadoria, somente incidiria sobre o objeto específico da mercadoria, ou seja, a energia elétrica.

Na contramão da súmula, parte da doutrina entende que o tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) estariam incorporados a energia elétrica, sendo impossível a sua separação ou divisão do monte de energia a ser quantificado. Ademais, não seria possível consubstanciar as demandas de potência elétrica efetivamente utilizada, razão pela qual não constituiria energia elétrica gerada, sendo assim, insuscetível de circulação.

Portanto, a incidência de imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) somente poderia gravar a demanda de potência contratada e efetivamente utilizada.

A súmula 166 do STJ¹⁸ informa que não constituiria fato gerador do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, de modo que os encargos pagos para custear o sistema de distribuição e transmissão de energia elétrica estariam fora do campo de incidência do referido imposto.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 7

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 6

Tendo como base a Constituição da República Federativa do Brasil, bem como o Código Tributário Nacional, pode-se dizer que ao incluir a tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), sem lei que o franqueasse a fazê-lo, bem como permitir a incidência do tributo sobre o fato gerador não previsto na legislação de regência, o Estado estaria violando o princípio da legalidade, com base nos artigos 150, inciso I da CRFB¹⁹ e artigo 97, IV do CTN²⁰.

Fácil é concluir que a base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) deve ser definida de acordo com o montante relativo a energia elétrica efetivamente consumida.

Por outro prisma, a inviabilidade orçamentária dos Estados não pode servir como pretexto para que não seja reconhecida a inconstitucionalidade da cobrança em comento. Permitir que haja incidência de tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) sem qualquer previsão legal para tanto é violar preceitos constitucionais e infraconstitucionais, como demonstrado acima.

Vale dizer que o Direito Tributário regula a relação entre Fisco e Contribuinte, resultante da imposição, arrecadação e fiscalização dos impostos, taxas e contribuições, na forma da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²¹.

Ademais, também é o ramo do Direito que se ocupa das relações entre o Fisco e os Contribuintes sujeitas a imposições tributárias de qualquer espécie, limitando o poder de tributar e protegendo o cidadão contra os abusos desse poder, tendo como mecanismos princípios e imunidades tributárias.

Assim, os princípios buscam precipuamente a regulação da relação entre o Fisco e os Contribuintes, evitando para tanto que o Ente utilize demasiadamente seu poder de tributar, tangenciando de forma simples e objetiva de que forma o Fisco pode exercer sua função de cobrança.

Já as imunidades preservam aqueles Contribuintes que, por questões diversas, o Constituinte entendeu que não caberia a sua tributação. Algumas imunidades têm por intuito obvio a preservação do Estado Federativo, o que podemos retirar da vedação a tributação recíproca entre os Entes. Por um outro lado, vemos imunidades que se motivam pela função destes para com a Sociedade, como são os casos das imunidades a templos religiosos.

No tema em comento, o cerne é a análise do princípio da legalidade, uma vez que não há qualquer norma legal que defina a incidência de imposto sobre circulação de

¹⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htmAcesso em: 29.nov.2018

²⁰ BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Lei Nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em: 29.nov.2018.

²¹ SABBAG, op. cit., 1

mercadorias e serviços (ICMS) em elementos conexos ou acessórios da mercadoria, bem como qualquer incidência de elementos conexos ou acessórios na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS).

Por fim, a lei complementar é toda norma que completa disposição constitucional, seguindo, de modo preciso, o rito estabelecido na Constituição. Assim, o tributo, como regra geral, tem que ser legislado a partir de lei complementar, conforme artigo 148 da CRFB/88²².

Mostrado as normas que regula toda sociedade inicia na Constituição Federal com os Princípios e Imunidades Tributárias, assim, é possível mostrar a ilegalidade e inconstitucional que todo consumidor tem nas faturas de energia elétrica.

Portanto, é inconstitucional a incidência de tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) na cobrança de Energia elétrica, sendo uma forma de extorsão praticada pelas Concessionárias de Energia Elétrica para com os Consumidores.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou de forma clara, concisa e objetiva explorar a discussão atinente a incidência da tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas contas de energia elétrica.

Para tanto, inicialmente foram abordados aspectos objetivos dos elementos atinentes ao imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), bem como o que seria basicamente a tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST).

Por um outro prisma, necessário foi inclinar os olhos para a visão de nosso ordenamento jurídico sobre a legalidade ou não da incidência dos supramencionados elementos na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS).

Vale dizer que o STJ e STF se debruçaram sobre o tema, possuindo internamente, divergências entre as Turmas do STJ, ora pelo reconhecimento de indivisibilidade das fases de fornecimento da mercadoria energia elétrico, ora pelo fato de que o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) incide basicamente sobre a mercadoria a estar

²² BRASIL, op. cit., Nota 15

circulando, não devendo para tanto os procedimentos que norteiam o fornecimento agregarem a base de cálculo do Imposto.

Ademais, a doutrina se divide entre reconhecer a incidência dos elementos tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST), entendendo pela indivisibilidade das etapas do fornecimento de energia, enveredando a um posicionamento pró-estatal, como também a quem entenda pela incidência do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) somente sobre a mercadoria, como elemento base do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), o que afastaria pontualmente a argumentação da indivisibilidade.

Verdade é que o tema ainda está em voga, não havendo até o presente momento entendimento majoritário ou pacífico sobre a discussão, estando os processos de 1ª e 2ª instância suspensos até a definição pelo STJ.

Entende-se razoável a inconstitucionalidade da incidência de tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas contas de energia elétrica, uma vez que para haver incidência sobre a mercadoria, não podemos embutir na base de cálculo elementos que não fazem parte da natureza da mercadoria.

Vale dizer que a distribuição e transmissão da energia elétrica são procedimentos em que a mercadoria ainda não foi transferida ao consumidor final, não havendo o que se falar em imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS). Ademais, a indivisibilidade é relativa, uma vez que na própria conta de energia elétrica é possível mensurar o quanto é gasta a título da mercadoria energia elétrica.

Portanto, imputar ao consumidor o ônus de suportar toda a despesa relativa a distribuição e transmissão de energia elétrica é afastar todo o conglomerado de benefícios recebidos pelas concessionárias de energia elétrica em detrimento da imputação objetiva de valores atinentes a elementos na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) energia elétrica.

Importante dizer que as tarifas tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) são legalmente cobradas do consumidor, não sendo este o cerne da divergência no presente artigo. O que baseia a presente tese é o que o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) é um tributo que tem como fato gerador a circulação de mercadorias. Sendo assim, necessário é para haver a efetiva circulação da mercadoria a transferência de sua titularidade.

Quando há a incidência de tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST), a mercadoria energia elétrica não troca de titularidade, seguindo esta com a Concessionária do respectivo Estado. Ressalta-se que mesmo havendo troca da titularidade, o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) deveria apenas incidir sobre o valor efetivo da mercadoria, qual seja, o valor de KW/H gasto pelo Consumidor, sem, contudo, incidir sobre outros elementos que venham de forma equivocada a estar presentes em sua base de cálculo.

Insta salientar que infelizmente os Estados estão passando por severa crise em sua máquina econômico financeira. Entretanto, não é motivo suficiente a imputar ao consumidor o ônus de subsidiar todos os custos relativos a operacionalidade das atividades da concessionária, como objetiva a Administração Pública.

Deve a Administração Pública, como sugerido em parágrafos anteriores, buscar formas de Compensação, seja pelo imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) para Pessoas Jurídicas, seja por meio de Compensação por outros Impostos como o IPVA, sanar esses descontos já demonstrados como inconstitucionais, sem, contudo, alegar insuficiência financeira para tal.

Indo além, cabe ao STJ, em nova oportunidade dada pela interpretação corporativa do STF, em pacificar entendimento sobre a matéria. Como fora anteriormente mencionado, o STJ pode realizar um julgamento técnico, com base em posicionamentos anteriormente tomados por ele, ratificando a informação de que não cabe qualquer incidência de tarifa de utilização de serviço de distribuição (TUSD) e tarifa de utilização de serviço de transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) nas contas de energia elétrica, como também pode fazer o mesmo julgamento corporativo do STF e permitir verdadeiro confisco assinalando pela autorização da incidência de supracitadas tarifas na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), realizando para tanto julgamento político.

Resta aos consumidores verdadeira torcida para que o STJ unifique seus pensamentos doutrinários sobre o tema, pacificando entendimento e colocando de uma vez por todas um ponto final em verdadeira celeuma jurídica que vem se arrastando por anos, causando vultoso prejuízo a sociedade, que continua adimplindo a incidência das tarifas na base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), na esperança de algum dia ser julgado esse entendimento no plenário do STJ.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Lei Nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em 29.nov.2018

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 29.nov.2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp nº 1687596/SP*, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 22/11/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1687596&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 28.set.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 166*: Não constitui fato gerador do IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010_12_capSumula166.pdf. Acesso em: 29.nov.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 391*: O IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada. In *Súmulas*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas. Acesso em: 29.nov.2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 343.952/MG*, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2002, DJe 17/06/2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp.+343.952&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 28.set.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1163020/RS*, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1163020&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO> Acesso em 28/09/2018. Acesso em: 28.set.2018

_____. *Lei Complementar 87/96*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm. Acesso em: 29.nov.2018

PORTAL BRASIL. *Entenda como a energia elétrica chega à sua casa*. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/infraestrutura/2014/08/entenda-como-a-energia-eletrica-chega-a-sua-casa>. Acesso em: 29.nov.2018.

_____. *Contribuição Copel*. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2004/047/contribuicao/copel-contribuicao.pdf>. Acesso em: 29.nov.2018.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.