

A NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A TUST/TUSD

ELABORAÇÃO:

Einar Tribuci,

diretor de Assuntos Tributários da ABGD

PUBLICAÇÃO:



#dicaatributárias

A NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A TUST/TUSD

Para que seja possível alcançar as melhores taxas de retorno em um projeto é preciso não somente otimizar CAPEX e OPEX, mas também entender muito bem as questões regulatórias e tributárias aplicáveis aos consumidores de energia a quem o empreendedor de geração de energia elétrica pretende dedicar seus esforços comerciais.

A complexidade do setor e a ausência de consolidação das normas aplicáveis fazem com que aqueles que estejam mais atentos obtenham mais sucesso e consequente lucratividade em seus negócios. Como diz o ditado: “o diabo mora nos detalhes”.



Na dica tributária de hoje discutiremos sobre a exclusão da TUST e da TUSD da base de cálculo do ICMS, tema de grande impacto econômico para todo o setor de energia elétrica.

I. DO FATO GERADOR DO ICMS SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA

O ICMS encontra previsão na Constituição Federal de 1988, no art. 155, inciso II, que conferiu a competência tributária aos Estados para que instituíssem o imposto incidente sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II – Operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

A comercialização de energia elétrica se enquadra nas operações relativas à circulação de mercadorias. Isso porque energia elétrica é considerado um bem móvel, inclusive descrito no código civil em seu artigo 83. Portanto, a comercialização da energia elétrica constitui fato gerador do ICMS, e que ocorre na sua transferência jurídica (o consumo de energia elétrica).



II. COMPOSIÇÃO DA TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA

A tarifa de energia é composta por três grandes grupos: energia gerada + transporte de energia até as unidades consumidoras + encargos setoriais.

Que o ICMS incide sobre a energia elétrica não há dúvida, conforme demonstramos no tópico anterior. A questão é se ela incide sobre os seus outros componentes. Em dica tributária anterior, já discorremos sobre a não incidência do ICMS sobre a demanda mínima contratada. Nesta dica tributária falaremos sobre a não incidência do ICMS sobre o transporte de energia.


O transporte da energia é realizado por transmissoras, que permitem a propagação de eletricidade em alta tensão, comumente por longa distância. O agente transmissor faz jus ao que denominamos Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST.

Já a Tarifa de Uso do Serviço de Distribuição – TUSD é cobrada pelo agente distribuidor em decorrência da disponibilização de instalações para propagação de energia elétrica, em baixa tensão, normalmente a curtas distâncias, aos consumidores a ela conectados.

III. DA NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A TUST/TUSD

Para que a energia elétrica gerada nas usinas alcancem os diversos consumidores existentes no Sistema Interligado Nacional, é necessária a utilização das linhas de transmissão e distribuição para que os elétrons alcancem as residências, indústrias, comércios etc. Caso contrário o consumidor possuirá somente os elétrons livres, sem a corrente elétrica.

Assim, depreende-se que a atividade praticada pelas concessionárias de transmissão e distribuição não consiste em transferir juridicamente a energia gerada, mas sim oferecer meios para a propagação do campo elétrico criado nas geradoras. Tanto é assim, que alguns consumidores tem direito de comprar energia no mercado livre, pessoas jurídicas distintas das transmissoras e distribuidoras.



Em outras palavras, a atividade de transmissão e distribuição não se subsume ao aspecto material da hipótese de incidência do ICMS prevista na Constituição e nem na Lei Complementar 87/96.

IV. RECONHECIMENTO DA TESE PELOS TRIBUNAIS

Diversos acórdãos foram proferidos pelos tribunais em todo o país, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, a favor dos contribuintes, para afastar a cobrança do ICMS sobre a TUST e a TUSD.

No entanto, o Recurso Especial n. 1.163.020 trouxe uma mudança inesperada acerca do entendimento sobre a inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS sobre a tarifa de energia elétrica, tendo sido apresentado Embargos de Divergência para uniformizar a jurisprudência do Tribunal, haja visto que o precedente trouxe enorme insegurança jurídica.

Diante disso, desde 2017 todos os processos sobre o tema foram suspensos, aguardando definição sobre o julgamento dos Embargos de Divergência apresentados.