Recuperando o ICMS indevidamente cobrado na conta de energia elétrica

Por Thiago Lage

O "*imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços*" – ICMS é um dos principais tributos sobre o consumo e está embutido em mercadorias e determinados serviços adquiridos pelos cidadãos e pelas empresas. Seu impacto na composição final dos preços no mercado pode ser muito significativo.

A energia elétrica é considerada "mercadoria" sujeita à incidência do ICMS e diversos Estados brasileiros têm praticado alíquotas elevadas para o imposto, gerando questionamentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal sobre a (in)constitucionalidade da cobrança.[1] Em Minas Gerais as alíquotas são de **30%** para residências, **25%** para o setor de comércio e serviços e **18%** para a indústria e consumidores rurais.

Ocorre que na fatura de energia elétrica, juntamente com a "energia" propriamente dita, são cobrados concomitantemente outros valores que passam despercebidos para grande parte dos empresários, empresas e demais consumidores, tal como se pode ver (apenas como exemplo) nas contas residenciais. Do campo "Informações de Faturamento" destacam-se os seguintes itens: *(i)* Energia, *(ii)* Distribuição - TUSD, *(iii)* Transmissão - TUST, *(iv)* Perdas, *(v)* Encargos Setoriais, *(vi)* Tributos e *(vii)* Totais.

Tendo em vista que apenas a *energia* é efetivamente mercadoria, somente seu valor poderia compor a base de cálculo do ICMS, sobre a qual incidirá a alíquota respectiva, conforme o tipo de usuário (residencial, comercial, industrial, etc.). Todavia, o que se vê das notas fiscais/faturas de energia elétrica é que a concessionária de energia faz incidir o tributo sobre todas as demais rubricas, "inchando" a base de cálculo do tributo (sobre a qual se aplica a alíquota) e, consequentemente, ocasionando o recolhimento de valores indevidos aos Estados.

Tal equívoco tem sido objeto de questionamentos judiciais e os mais diversos tribunais brasileiros, dentre eles o próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ, vêm decidindo favoravelmente aos cidadãos e empresas que requerem que a base de cálculo do ICMS não seja composta por encargos estranhos ao que se considera "energia elétrica". Ilustra-se com exemplo do STJ, de recente julgado do fim de 2016:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. **ICMS. INCIDÊNCIA DA TUST E DA TUSD. DESCABIMENTO**.
> 1. ...

[1] Conforme tema de repercussão geral n.745, no RE 714.139, da relatoria do Min. Marco Aurélio, sobre a aplicação do princípio da seletividade ao ICMS: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 150, II, e 155, § 2º, III, da Constituição federal, a constitucionalidade do art. 19, I, a, da Lei 10.297/1996 do Estado de Santa Catarina, que estabeleceu alíquota diferenciada de 25% para o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica e os serviços de telecomunicação, ao passo que para as "operações em geral" é aplicada a alíquota de 17%."

> 2. O STJ possui jurisprudência no sentido de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS...
> (AgInt no REsp 1607266/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 30/11/2016)

No mesmo sentido, decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, publicada agora em janeiro:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA - ICMS - INCIDÊNCIA SOBRE CUSTOS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - INVIABILIDADE - OPERAÇÃO QUE NÃO CARACTERIZA FATO GERADOR DO TRIBUTO. **Os custos referentes à utilização da rede de distribuição**, como a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) ou Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST), **não constituem fato gerador do ICMS**. (Agravo de Instrumento 1.0000.16.044250-5/001, Relator Des. Renato Dresch, 4ª CACIV, julgamento em 15/12/2016, publ. 9/1/2017)

Em que pese não haver ainda súmula dos tribunais superiores a respeito da matéria, denota-se que já há a formação de jurisprudência a nortear a solução do litígio favoravelmente aos contribuintes/consumidores de energia elétrica, tornando mais seguro o questionamento.

Considerando que na esfera administrativa provavelmente seria inócua a impugnação da cobrança, mostra-se mais efetivo ajuizar ação judicial em tais casos, para que o Judiciário declare a inconstitucionalidade da cobrança para períodos futuros e condene o Estado à devolução de valores dos últimos 5 anos.

Para os interessados ainda mais cautelosos, que não queiram correr riscos com relação a eventual reversão do posicionamento dos tribunais no futuro, um alento: é possível discutir a exigência do ICMS e depositar a diferença mensalmente em juízo. Ganhando a ação, o consumidor levanta os valores integralmente, corrigidos; perdendo, os depósitos são liberados para o Estado e não haverá novas complementações a serem feitas a título de ICMS. Logo, trata-se de excelente oportunidade de defesa dos direitos dos consumidores de energia elétrica, sem correrem maiores riscos.

TEXTO PRODUZIDO ESPECIALMENTE PARA A NEWSLETTER DO:
SANTOS RODRIGUES
ADVOGADOS