



FACULDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE UBÁ
FACULDADE DE DIREITO
2017

**(I)LEGALIDADE DA INCLUSÃO DOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE TARIFAS
DE USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO (TUST/TUSD) NA
BASE DE CÁLCULO DO ICMS INCIDENTE SOBRE A CIRCULAÇÃO DE
ENERGIA ELÉTRICA.**

Indiárina Ribeiro Calderano – indiarina@bol.com.br¹

Edna Valéria GazollaGaparoniCôbo – evgcobo@gmail.com

Resumo

Os impostos e/ou tributos são subdivididos em várias espécies, sendo uma delas objeto de estudo deste trabalho e se refere ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e prestação de Serviços (ICMS), previsto no art. 155, II, CF e regulamentado pela Lei Complementar 87 de 1996 (Lei Kandir). Tem como objetivo demonstrar a ilegalidade da tributação das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão e Distribuição (TUST/TUSD) de energia elétrica incididas na base de cálculo do Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestações de Serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação (ICMS), por entender que as fases de transmissão e distribuição da energia elétrica são individualizadas e não correspondem à efetiva circulação da mercadoria com o objetivo de transferência de titularidade, caracterizando assim o fato gerador. Portanto, tais etapas são apenas atividades meio. Tal análise fundamenta-se na legislação, estudos técnicos, doutrinários e jurisprudenciais.

Palavras chave: ICMS. Ilegalidade. Tributação. Incidência. TUST/TUSD.

Abstract

Taxes and / or fees are subdivided into several species, and one of them is the subject of study in this work and refers to the Tax on Circulation of Goods and Services (ICMS), provided in article 155, II, CF and regulated by the Complementary Law 87 of 1996 (Lei Kandir). The objective is to demonstrate the illegality of the taxation of the Tariffs for the Use of the Transmission and Distribution System (TUST / TUSD) of electric energy, charged on the calculation basis of the Tax on operations related to the Circulation of Goods and on services of interstate and intercity transportation, and communication (ICMS), since it understands that the transmission and distribution phases of the electric energy are individualized and do not correspond to the effective circulation of the merchandise with the purpose of transfer of ownership, thus characterizing the triggering event. Therefore, such steps are only half activities. This analysis is based on legislation, technical, doctrinal and jurisprudential studies.

Keywords: ICMS. Illegality. Taxation. Incidence. TUST / TUSD.

¹ Bacharelada em Direito pela FUPAC/UBÁ. indiarina@bol.com.br¹



INTRODUÇÃO

Os impostos, bem como os tributos subdividem-se em várias espécies, sendo uma delas objeto de estudo do presente trabalho e refere-se ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e prestação de Serviços (ICMS), previsto no art. 155, II, CF e regulamentado pela Lei Complementar 87 de 1996 (Lei Kandir). Diante do exposto, este trabalho tem como objetivo demonstrar a ilegalidade da tributação das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão e Distribuição (TUST/TUSD) de energia elétrica incididas na base de cálculo do Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestações de Serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação (ICMS), por entender que as fases de transmissão e distribuição da energia elétrica são individualizadas e não correspondem à efetiva circulação da mercadoria com o objetivo de transferência de titularidade, caracterizando assim o fato gerador.

Ocorre que sobre o serviço de energia elétrica têm incidido as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão e Distribuição, o que não deverá ocorrer, pois tais taxas não integram a base de cálculo do ICMS.

Ressalta-se que as fases de transmissão e distribuição constituem atividade-meio, já que a energia a ser paga deve ser efetivamente consumida.

O que se almeja abordar nesta pesquisa é a possibilidade da tributação, uma vez que as etapas de geração, transmissão e distribuição acontecem separadamente, bem como definir a ocorrência do fato gerador do ICMS, concluindo-se sobre a incidência ou não do imposto sobre as Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST e a Tarifa do Uso do Sistema de Distribuição- TUSD, analisando o entendimento dos Tribunais Superiores acerca do tema.

No primeiro tópico, buscou-se abordar um breve histórico sobre a origem do ICMS, definição do instituto legal, bem como analisar seu enquadramento legal. Em seguida, abordou-se a natureza jurídica de energia elétrica e suas etapas de geração, transmissão e distribuição para melhor compreensão do tema. Discorreu-se sobre a base de cálculo tanto do referido imposto quanto a sua incidência sobre a energia elétrica, trazendo, em evidência, questionamentos dos Tribunais Superiores acerca da constitucionalidade e/ou legalidade da referida matéria, procurando analisar o caráter decisório dos julgamentos dos Tribunais.

Utilizando-se do conhecimento científico para a elaboração do presente trabalho, adotou-se a vertente metodológica jurídico-dogmática, na qual estiveram presentes os tipos de



pesquisa histórico-jurídico e jurídico-interpretativo, bem como a fonte de pesquisa bibliográfica.

1. O IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS)

O Sistema Tributário Nacional compõe-se de tributos. De acordo com o Código Tributário Nacional (CTN), “compreende-se tributo toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (Art.3º, CTN, 1966).

O que determina a natureza jurídica específica do tributo é o fato gerador da respectiva obrigação, conforme se verifica no art. 4º do mesmo diploma legal. Entre as espécies tributárias, figuram-se os impostos que, conforme disposto no art. 16 do CTN, são os tributos “cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

Os impostos, bem como os tributos se subdividem em várias espécies, sendo uma delas objeto de estudo do presente trabalho: o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e prestação de Serviços (ICMS), previsto no art. 155, II, CF e regulamentado pela Lei Complementar 87 de 1996 (Lei Kandir).

Tem-se, então, de acordo com o próprio texto constitucional que o ICMS é imposto que incide sobre “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” (art. 155, II, CF/1988).

Nas lições de Ricardo Alexandre (2017, p.694) trata-se de imposto que possui maior arrecadação no Brasil. O ICMS é uma das formas de obtenção de receitas públicas, em que o Estado impera, através de lei, compelindo o particular a contribuir.

O referido imposto foi instituído pela reforma tributária da EC n. 18/65, sendo o sucessor do Imposto de Vendas e Consignações (IVC) e possui tratamento constitucional. Antes desta, o atual ICMS incidia apenas sobre circulações de mercadorias, portanto, denominava-se ICM. Atualmente, incide também sobre os serviços de transporte interestadual e intermunicipal, bem como sobre os de comunicação.



2. DEFINIÇÃO JURÍDICA DE ENERGIA ELÉTRICA E SUAS FASES DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO

No que se refere ao fornecimento de energia elétrica, Ricardo Alexandre (2017, p. 696) destaca que “o próprio texto constitucional prevê, de forma expressa, a incidência do ICMS sobre a circulação de energia elétrica, utilidade equiparada à mercadoria”, bem como o texto da LC 87/96 (Lei Kandir), que refletem diretamente na legislação do ICMS em cada Estado, consideram-se a energia elétrica como mercadoria. Tem-se na LC 87/96 que:

Art. 2º O imposto incide sobre (...)

§ 1º O imposto incide também (...)

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Para o Direito, energia elétrica é bem móvel, conforme os artigos 83, I, do Código Civil de 2002, e 155, § 3º do Código Penal, veja-se:

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I – as energias que tenham valor econômico;

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Depreende-se, segundo Borges, mercadoria pode ser definida como:

bem móvel, que está sujeito à mercancia, porque foi introduzido no processo circulatório econômico. Tanto que o que caracteriza, sob certos aspectos, a mercadoria é a destinação, porque aquilo que é mercadoria, no momento que se introduz no ativo fixo da empresa, perde esta característica de mercadoria, podendo ser reintroduzido no processo circulatório, voltando a adquirir, consequentemente, essa conotação de mercadoria (*apud* ALEXANDRE, 2017, p. 695).

Considerando-se que a energia elétrica é uma mercadoria no mundo jurídico e objetivando melhor compreensão acerca do sistema de distribuição e transmissão da energia, reputa-se o entendimento sobre o Sistema Elétrico de Potência.

O processo de transformação da energia mecânica em elétrica pode ser realizado através de diversas fontes de energia primária, a partir do movimento de turbinas que ativam



geradores nas usinas. No Brasil, a maior parte da energia elétrica consumida advém de usinas hidrelétricas (força das águas).

Ainda nas usinas, ao sair dos geradores, a energia elétrica passa por uma subestação elevadora, momento em que equipamentos transformadores aumentam sua voltagem, evitando perda excessiva de energia, enviando-as às redes de transmissão - conjunto de cabos aéreos e grandes torres de metal- concluindo-se a fase de geração.

Na fase de transmissão, a eletricidade percorre longas distâncias, eis que as usinas são geralmente construídas afastadas dos centros consumidores (residências, empresas e indústrias). Portanto, passa por diversas subestações para alterar a tensão elétrica, podendo aumentar ou diminuir a voltagem da energia. Conforme se aproxima dos centros consumidores, a eletricidade passa por subestações abaixadoras, em que transformadores de potência diminuem e distribuem a voltagem, de forma aérea ou subterrânea, iniciando-se o processo de distribuição.

Já nas redes de distribuição, formadas por postes, cabos e transformadores de rede, a tensão elétrica é diminuída ainda mais e enviada, finalmente, aos centros consumidores, de modo que cada unidade consumidora tenha a sua medição individual.

No Brasil, a maior parte do abastecimento elétrico ocorre através do Sistema Interligado Nacional (SIN), o que compreende a geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, permitindo o intercâmbio de eletricidade entre as diversas regiões brasileiras. Sistemas menores e isolados também são utilizados. Tais sistemas consistem na geração e consumo de energia apenas em uma determinada localidade ou até mesmo por uma só indústria, como acontece nas regiões Norte e Nordeste do país.

3. BASE DE CÁLCULO DO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA

De acordo com Eduardo Sabbag (2017, p.1229) a base de cálculo do ICMS pode ser:

- a-O *valor da operação*, em se tratando de operação de circulação de mercadoria;
- b-O *preço do serviço*, em se tratando de transporte (interurbano ou interestadual) e de comunicação;
- c- *valor da mercadoria ou bem importado*, constante em documento de importação, convertido em moeda nacional pela mesma taxa de câmbio utilizada para cálculo do imposto de importação, acrescido do IPI, do IOF, do próprio II (Imposto de Importação) e das despesas aduaneiras.



O art. 13, I, da legislação regulamentadora do ICMS - LC nº 87/1996 (Lei Kandir), prevê que a base de cálculo do imposto é, na saída da mercadoria, o valor da operação.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento, através da Súmula 166, que: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Igualmente, firmaram a Súmula 391, do STJ, prevendo: “O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada”.

Portanto, em se tratando de energia elétrica, o fato gerador do ICMS é a CIRCULAÇÃO da mercadoria, ou seja, da energia. Obviamente, as tarifas de transmissão e distribuição não integram a base de cálculo do imposto.

4. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

4.1. Supremo Tribunal Federal (STF)

Após ajuizamento de demanda cível, perante o Juizado Especial do Fórum de Casa Branca/SP em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, pugnando, em síntese, a desobrigação de recolhimento do ICMS incidido sobre transmissão e distribuição de energia elétrica, o que fora acolhido pelo juízo de piso, vencida, a Fazenda Pública interpôs Recurso Inominado perante o Colégio de Turma Recursal do respectivo tribunal, no qual teve o provimento do recurso negado.

Em face de acórdão proferido, a Fazenda Pública, com fulcro no art. 102, II, da CF, provocou o Supremo Tribunal Federal, através de Recurso Extraordinário, aduzindo que havia matéria constitucional a ser analisada, a saber: a constitucionalidade da incidência de ICMS no uso das redes de transmissão e distribuição de energia elétrica, apontando-se violação aos arts. 150, II e § 6º, e 155, II e § 3º, da CF, e ao art. 34, §9º, do ADCT, motivo pelo qual almejava o manifesto da Corte acerca de tema de Repercussão Geral – instituto criado pela EC 45/2004, também conhecida como “Reforma do Judiciário”, que consiste na necessidade de a questão constitucional trazida nos recursos extraordinários possuir repercussão geral para ser analisada pelo STF, auxiliando na padronização de procedimentos, garantindo a racionalidade dos trabalhos e a segurança jurídica.



Outrossim, a Fazenda sustentou que a questão é de extrema relevância econômica, de importância social, pode ocorrer sensível prejuízo financeiro, há multiplicidade de ações idênticas, inexistente pacificação da controvérsia no STJ, bem como o tema difere do convencionado na sistemática de recursos repetitivos no que se refere à incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada de energia elétrica.

No primeiro momento, o Presidente do Colégio Recursal negou seguimento ao recurso, firmando que ofensa à dispositivos de lei federal e eventual divergência jurisprudencial não servem de suporte à interposição de Recurso Extraordinário, não estando presentes os pressupostos de admissibilidade.

Em juízo de retratação, foi determinado o sobrestamento do recurso, porém, baseado no Tema 176 da sistemática da repercussão geral, “em que são discutidos se valores referentes à demanda de potência elétrica integram a base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica”, o que estimulou a interposição de Agravo pelas duas partes, baseadas no art. 1037, §§9º e 10º, III, do CPC, com o fito de demonstrar a diferença entre o caso concreto e o paradigma afetado.

Por derradeiro, o Presidente do Colégio Recursal, permitido pelo art. 1036 do CPC/15, deu seguimento ao recurso sob o argumento de haver milhares de recursos idênticos ao caso, e, precipuamente, efetivar os princípios da economia e da celeridade processual nos Juizados Especiais. Para tanto, selecionou dois representativos da controvérsia que continham abrangente argumentação quanto à matéria a ser julgada (processos nºs 1001608-61.2016.8.13.0129 e 1001962-09.2016.8.26.0575) e os encaminhou à Suprema Corte, momento em que se originou o Recurso Extraordinário nº 1.041.816/SP.

O Ministro Edson Fachin (Relator), em decisão monocrática, manifestou-se pela inexistência de repercussão geral e não conhecimento do recurso, por constatar a ausência de matéria constitucional, vez que os julgados foram baseados em legislações infraconstitucionais e entendimento jurisprudencial do STJ, motivo pelo qual, a divergência deve ser reexaminada em âmbito infraconstitucional. Note-se:

Constata-se da leitura da sentença e do acórdão recorrido a ausência de matéria constitucional a ser analisada, haja vista que os juízos de convicção formaram-se com esteio em legislação infraconstitucional e na compreensão jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. Nesse quadro, eventual divergência ao entendimento adotado pelo juízo de origem perpassaria pelo reexame da legislação infraconstitucional aplicável à espécie, notadamente o Código Tributário Nacional, Lei Complementar 87/1996, Leis federais 9.074/1995 e 10.848/2004, bem como Convênios CONFAZ 117/2004 e 95/2005, com posteriores alterações e Resoluções da ANEEL. É possível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral às



decisões que afirmam não haver matéria constitucional a ser apreciada, ou que eventual ofensa à Constituição Federal seria indireta ou reflexa.”

Tal decisão foi acometida à apreciação plenária, divergindo apenas o ministro Marco Aurélio Mello, por primeiro compreender que nos dias atuais, a tendência jurisprudencial é a do menor esforço, portanto, proclamando sobre a matéria, evita-se o abarrotamento do judiciário.

Em seguida, entendeu haver matéria constitucional, tendo em vista que a Constituição Federal definir o ICMS, por isso, resta ao STF deliberar se as Tarifas de Uso dos Sistemas de Transmissão e Distribuição integram a base do imposto, compondo o preço total da eletricidade consumida.

Sobre o mérito, considera o ministro, que o art. 34, § 9º, da ADCT, é claro ao considerar o valor final da operação, excluindo-se as Tarifas de Uso dos Sistemas de Transmissão e Distribuição da incidência na base de cálculo do ICMS, conforme se verifica no Art. 34

§ 9º Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado à outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação.

No voto, pronunciou-se no sentido de haver controvérsia constitucional relacionada ao tema e configuração de repercussão geral e complementou que,

ultrapassado esse incidente, vindo a prevalecer a óptica do Relator, promoverei a inserção de outro caso no Plenário Virtual, tendo em conta a importância maior da questão, considerado não interesse secundário do Estado, mas o primário, de toda a sociedade, no que envolve o próprio sistema tributário.

No deslinde final, por maioria dos votos, manteve-se a decisão do Relator, qual seja a inexistência de repercussão geral da questão, tendo o Tema cadastrado sob o nº 956.

4.2. Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Inicialmente, a empresa RANDON S/A Implementos e Participações, impetrou Mandado de Segurança Preventivo contra ato do Diretor de Departamento da Receita Pública



do Estado do Rio Grande do Sul, visando declarar a inexigibilidade do ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e encargos de conexão decorrentes do contrato de fornecimento de energia elétrica, porém a segurança foi denegada.

Seguiu-se Apelação a que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve, por maioria, vencido apenas o Relator, entendendo que “A base de cálculo do ICMS sobre o consumo de energia elétrica inclui os custos de geração, de transmissão e de distribuição, na medida do consumo do usuário”.

Em suas razões recursais, o Recorrente, RANDON S/A Implementos e Participações, sustentou violação dos arts. 13, § 1º, II, "a", da LC nº 87/96 e 110 do CTN, assim como divergência jurisprudencial sobre o tema abordado, devendo a cobrança do ICMS se restringir apenas à energia consumida.

Já nas Contrarrazões, a Recorrida, Receita Pública do Estado do Rio Grande do Sul, alegou que as tarifas em questão são calculadas de acordo com a real circulação de energia elétrica, bem como a redução da base de cálculo é um poder reservado ao legislador, não podendo o judiciário intervir, caso contrário, afrontaria os arts. 150, I e § 6º, da CF e os arts. 97, § 1º, 111, II e 176 do CTN. Declara, também que tais tarifas devem ser custeadas pelo consumidor final, eis que integram o preço, significando ônus econômico da compra da mercadoria e que a base de cálculo do ICMS é composta por todas as parcelas ensejadoras do valor final da mercadoria efetivamente consumida.

Em sede de Recurso Especial, distribuído em 26-10-2009, na PRIMEIRA TURMA do STJ, o *presentante* do Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.

Decorridos mais de seis anos da distribuição do recurso e passado por quatro relatorias, enfim, o quinto Relator, o Ministro Olindo Menezes, conhecedor do recurso dá-lhe provimento, afastando-se a incidência do ICMS sobre os valores relativos à tarifa de uso do sistema de distribuição - TUSD, por entender que o acórdão recorrido destoou do entendimento do STJ, indicando alguns precedentes.

Como já abordado, tal entendimento do STJ consiste em que o fato gerador do ICMS é a CIRCULAÇÃO da mercadoria, conforme Súmula 166, que dispõe: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”. Sendo assim, no que se refere à matéria em questão, as tarifas de transmissão e distribuição não integram a base de cálculo do imposto.

Irresignado, o Estado do Rio Grande do Sul interpôs Agravo Regimental aduzindo, em resumo, que:



- a controvérsia não fora analisada profundamente;
- os precedentes não simbolizam a pacificação da Corte sobre o tema;
- a Lei nº 10.848/04, alteração do marco regulatório do setor elétrico, não mudou a base de cálculo do ICMS incidente sobre a comercialização de energia;
- as fases que antecedem a comercialização da energia são geração, transmissão e distribuição, ocorrem simultaneamente, motivo pelo qual as etapas são consideradas como todo e não unitariamente;
- as etapas de transmissão e distribuição integram os custos da mercadoria por serem essenciais e indissociáveis ao fornecimento;
- os consumidores cativos podem contratar apenas sua distribuidora local, pagando o ICMS incidido sobre o valor total do serviço, para que a distribuidora repasse a quantia às geradoras e transmissoras de energia. Já os livres podem escolher e contratar diretamente qualquer geradora ou comercializadora, pagando o valor fixado pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), correspondentes às taxas de transmissão e distribuição da rede interligada;
- a impossibilidade de individualização física das fases não pode ser alterada pela cobrança dos custos de transmissão e distribuição da energia, portanto, a base de cálculo do ICMS deve incidir sobre o valor total;
- a tributação do fornecimento de energia não pode ser influenciada, no sentido de suprimir suas fases da base de cálculo do ICMS, pelo fato do serviço ser fracionado ,
- o art. 13, § 1º, II, "a" e "b", da LC 87/1996 permite a integração das taxas na base de cálculo do imposto.

Novamente os autos foram redistribuídos por motivo de sucessão, passando a relatoria ao Ministro Gurgel de Faria que, monocraticamente, reconsiderou a decisão anterior, tornando-a sem efeito, por entender ser complexa a controvérsia e por já existir sobre a matéria precedentes na Corte, além de recomendar o julgamento pelo Colegiado.

No julgamento, o ministro Gurgel apresentou o relatório e proferiu voto negando provimento ao recurso, fundamentando que no caso específico a contribuinte/Recorrente comprou a energia elétrica da Tractebel Energia S.A. e a distribuição da Rio Grande Energia S.A. (RGE), tratando-se de consumidor livre. Para tanto, a legislação regente do setor elétrico (Lei nº 9.074/95) autoriza, em seu art. 15, os grandes consumidores (carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV) a contratarem livremente, bem



como o § 6º prevê o ressarcimento do custo do transporte. Também registrou que o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) conferiu a esse tipo de consumidor o dever de pagar o ICMS pela conexão e uso dos sistemas de transmissão (Convênio ICMS nº 117/04, cláusula primeira).

Entendeu o ministro que a cobrança das Tarifas de Transmissão e Distribuição é devida, por ser impossível a fragmentação física das fases, conforme se verifica:

Em razão de sua peculiar realidade física, sabe-se que a circulação da energia elétrica se dá com a ocorrência simultânea de sua geração, transmissão, distribuição e consumo, concretizando-se em uma corrente elétrica que é acionada quando do fechamento do circuito físico existente desde a fonte geradora até a unidade do usuário. Essa realidade física revela, então, que a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser decotado da sua base de cálculo. Não trata a etapa de transmissão/distribuição de mera atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável.

Nesse sentido, aduziu que caso o consumidor livre seja desobrigado ao pagamento das taxas de transmissão e distribuição, acarretará ofensa ao Princípio da Igualdade e afetará a concorrência assegurada no art. 173, § 4º, da CF, eis que além de lhe ser permitida a busca por um menor preço, pagará o ICMS somente sobre o valor da fase contratada, sendo desarrazoado o tratamento diferenciado entre os consumidores, quanto ao mesmo bem, por garantir vantagem econômica aos mais afortunados. Para isso, citou o art. 34, § 9º, do ADCT, e sua ratificação pela LC nº 87/1996, art. 9º, § 1º, II 9.074/95, no qual versa sobre a incidência do ICMS sobre o valor praticado na operação final - compreendendo todas as fases, pago pelo consumidor cativo.

Ressaltou que tanto o STF, em repercussão geral, como o STJ, firmaram que a circulação jurídica - com intenção de transferência da propriedade do bem - é a capaz de motivar a incidência do ICMS. Sendo assim, as etapas anteriores ao consumo constituem apenas atividade - meio para o surgimento do fato gerador do imposto, ou seja, apenas circulação física.

Acrescentou que a jurisprudência da Seção Direito Público do Tribunal, no que se refere à tarifa de distribuição de energia elétrica, desde o ano 2000, afasta sua incidência sobre a base de cálculo do ICMS por desconhecer a circulação jurídica da mercadoria, não havendo fato gerador nessa etapa. Ademais, tal orientação influencia a expectativa das relações e a segurança jurídica.



Reforçou ainda que, diante a ausência de previsão legal, a PEC nº 285/04 e o Projeto de Lei Complementar nº 352/02 propunham a incidência do ICMS sobre as tarifas de transmissão e distribuição para os consumidores livres, porém, prejudicada e rejeitada, respectivamente.

O art. 34, § 9º, do ADCT, sob a ótica da Ministra, ressalta-se, ainda que

a previsão do art. 34, § 9º, do ADCT, segundo a qual o imposto será calculado pelo preço praticado na operação final, não atribui às distribuidoras a sujeição passiva - salvo se elas próprias forem as consumidoras da energia disponibilizada - de maneira que o custo apurado na cadeia continuará sendo suportado pelo verdadeiro sujeito passivo, qual seja, o consumidor final.

Ao final, considerou que o fato dos consumidores cativos serem onerados pelos encargos tarifários na base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica, não faz com que incluam tais taxas na base de cálculo do ICMS dos consumidores livres, eis que não há permissivo legal para tanto.

O ministro Benedito Gonçalves, na apresentação do seu voto-vista, acompanhou o Relator, sob o argumento de que em razão da instantaneidade do sistema, haja vista a impossibilidade de armazenamento de energia elétrica e a entrega da mercadoria ao consumidor acontecer através de uma rede interligada, pertencente a um todo indiviso.

Em proclamação final de julgamento, a egrégia Primeira Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial. Nos moldes do Relator, Ministro Gurgel de Faria, votaram os Ministros Benedito Gonçalves (voto-vista) e Sérgio Kukina (Presidente), restando vencidos os Ministros Regina Helena Costa (voto-vista) e Napoleão Nunes Maia Filho.

Ato seguinte, a empresa RANDON S/A Implementos e Participações, opôs Embargos de Declaração no Recurso Especial apontando obscuridade no acórdão ao assentar, em suma, que as Leis nºs. 9.074/1995, 9.648/1998 e 10.848/2004 são de cunho eminentemente administrativo e concorrencial; o art. 118, I, do CTN não é pertinente; o Poder Judiciário não pode ampliar o conceito de consumo real de energia elétrica, conforme art. 110 do CTN; defendeu a aplicação, por analogia, da Súmula 334 do STJ, que dispõe: “O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à internet”; o voto-vista do Ministro Benedito Gonçalves invocou resolução da Aneel inaplicável ao caso e; o acórdão foi omissivo quanto à aplicação do precedente obrigatório resultante do julgamento do REsp 960.476/SC - repetitivo.

O Embargado- Estado do Rio Grande do Sul impugnou.



No Relatório, o Ministro Gurgel de Faria rejeitou os Embargos, sob a alegação de ter explanado ao se posicionar a respeito do tema, observe-se:

em razão de sua peculiaridade física, as fases de geração, de transmissão e de distribuição formam o conjunto de elementos essenciais e indissociáveis que compõem o aspecto material do fato gerador concernente ao fornecimento de energia elétrica, integrando o preço total da energia efetivamente consumida, que representa a operação mercantil tributável pelo ICMS, não podendo nenhuma dessas etapas ser decotada da base de cálculo do imposto.

Sobre a Lei Ordinária nº 9.074/1995, esclareceu que a regulação do sistema elétrico é matéria pertencente ao ramo do Direito Administrativo e Concorrencial e, por ser Ordinária, não tem o poder de estender os seus efeitos para o campo do Direito Tributário.

Já a citação do art. 118, I, do CTN, deu-se com o intuito de defender um entendimento.

Quanto à possibilidade de aplicação da Súmula 334, do STJ, esta restou infrutífera, eis que os casos não possuem semelhança fática e jurídica e acrescenta:

enquanto aqui se reconhece que as etapas de transmissão e de distribuição são indissociáveis do fornecimento de energia elétrica, compondo o aspecto material do fato gerador do imposto, no caso que deu ensejo à súmula, entendeu-se que a utilização da rede de telecomunicações como suporte pelos provedores de internet, embora configure mais uma utilidade a essa rede (serviço de valor adicionado), não os caracteriza como prestadores de serviço de telecomunicação.

Em relação à citação da resolução da Aneel, feita no voto-vista do Ministro Benedito Gonçalves, esta, em nada modifica o julgado, por não invalidar a base do voto.

No tocante ao desacordo entre o acórdão embargado e o precedente obrigatório resoluto do REsp 960.476/SC, não há que falar, em razão do caso não se referir à cobrança sobre energia contratada e não utilizada, mas se o valor da energia real consumida compreende os custos das etapas do sistema elétrico ou não.

Finalizou convicto de que a revolta da Embargante refere-se à interpretação que lhe foi desfavorável, por isso, torna-se impossível o acolhimento no âmbito restrito dos embargos declaratórios.

Por unanimidade, os Ministros Regina Helena Costa (Presidente), Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves, da Primeira Turma, acompanharam o voto do Relator, Gurgel de Faria.



Prontamente, a empresa RANDON S/A Implementos e Participações interpôs Embargos de Divergente, redistribuído à Corte Especial do Tribunal, sob Relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em face do acórdão proferido pela Primeira Turma, da Seção 1 (Direito Público), do STJ, com o fito de sanar a divergência entre os entendimentos das duas Turmas que compõem a mesma Seção.

Pelo fato do juízo de admissibilidade da Corte Especial exigir muita técnica processual quanto à divergência e o paradigma, os Embargos foram indeferidos liminarmente, por não ultrapassar o juízo de admissibilidade, eis que os acórdãos paradigmas indicados pelo Embargante ocorreram em sede de sentença e agravo regimental, já que só permitem paradigmas de recurso especial e agravo com análise de mérito. Assim sendo, a Ministra ordenou a redistribuição do recurso entre os Ministros da Primeira Seção.

Redistribuídos no dia 08-09-2017, os Embargos Divergentes está sob a Relatoria do Ministro Herman Benjamin.

A última fase do processo ocorreu no dia 22-11-2017, em que o processo encontra-se concluso para julgamento eletrônico que versará sobre a análise de admissibilidade ou não do recurso repetitivo – quando há multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, conforme art. 1036, do CPC/15, objetivando efetivar os Princípios da Celeridade Processual, Isonomia e Segurança Jurídica.

Todavia, admitido-se o recurso repetitivo, caberá o seu julgamento, reunidas as duas Turmas da Sessão 1 do STJ, para solucionar a questão divergente entre elas, no sentido de manter o entendimento já firmado pela Corte, há mais de 15 anos, no qual concordo - em que as taxas de transmissão e distribuição da energia não integram a base de cálculo do ICMS - ou alterar jurisprudência, incluindo tais taxas na base de cálculo do imposto.

CONCLUSÃO

Quanto à inexistência de matéria constitucional alegada pelo STF, ressalta-se o único voto vencido, o do Ministro Marco Aurélio Mello, uma vez que o ICMS é previsto na Constituição, inclusive, a matéria é de repercussão geral, por se tratar de extrema relevância econômica, social, jurídica e política.

Em relação ao posicionamento do STJ, consigna-se também o voto divergente da Ministra Regina Helena Costa, no qual manteve o entendimento jurisprudencial firmado há



mais de 15 anos pela Corte, no sentido das tarifas TUST/TUSD não integrarem a base de cálculo do ICMS, tendo em vista serem atividade-meio, quando o fato gerador, referente à energia elétrica, ocorre no momento do efetivo consumo; da transferência de titularidade.

Ressalta-se que a ilegalidade da cobrança se dá pelo simples fato de afrontar o entendimento consolidado através da Súmula 166 do STJ, bem como não haver previsão legal compelindo os consumidores livres ao pagamento dessas tarifas, ainda que, infelizmente, seja desarrazoado os consumidores cativos - que não podem escolher o serviço nem o preço -, serem onerados pelas mesmas taxas no preço final.

Conclui-se que o acórdão proferido pela 1ª Turma do STJ, permitindo a incidência das taxas TUST/TUSD na base de cálculo do ICMS, ocorreu, coincidentemente, à época em que os Estados Membros passavam por elevada crise econômica, tramitando, inclusive, Projeto de Lei sobre renegociação de dívidas destes com a União - PLC nº 39/2017 -, aprovado logo seguinte ao acórdão, bem como o tema abordado. Não se trata de qualquer imposto, trata-se do tributo de maior arrecadação do país, atingindo cerca de 80% das receitas. Portanto, compreende-se, além da impossibilidade da cobrança, que a decisão possui caráter político.



Referências Bibliográficas

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 11. ed. Salvador: JusPodvum, 2017.

Aspectos Institucionais Disponível em:

http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/atlas/aspectos_institucionais/2_1_1.htm

. Acesso em 22 nov. 2017.

Como a energia elétrica é produzida? Disponível em: <http://www.cemig.com.br/pt-br/energia_e_voce/Paginas/como_a_energia_eletrica_e_produzida.aspx>.

Acesso em 22 nov. 2017.

Energia elétrica no Brasil. Disponível

em:<<http://www.eletrobras.com/elb/natrilhadaenergia/energia-eletrica/services/eletrobras/trilhaenergia/pdfs/como-a-energia-eletrica-e-gerada-no-brasil.pdf>>. Acesso em 22 nov. 2017.

ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em:

<<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2011/12/fontes-hidraulicas-geram-a-maior-parte-da-energia-eletrica>>. Acesso em 20 nov. 2017.

file:///C:/Users/Cliente/Downloads/texto_312449334.pdf>.

Acesso em 21 nov. 2017.

Jurisprudência Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acesso em 20 nov. 2017.

Jurisprudência. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=7009096>>

Processo .Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=57054545&num_registro=200902055254&data=20160205&formato=PDF>.

Acesso em 22 nov. 2017.

Processo. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=57054545&num_registro=200902055254&data=20160205&tipo=0&formato=PDF>.

Acesso em 20 nov. 2017.

Processo. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=63602478&num_registro=200902055254&data=20170327&tipo=51&formato=PDF>.

Acesso em 22 nov. 2017.



Processo. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=63602478&num_registro=200902055254&data=20170327&tipo=51&formato=PDF>.

Acesso em 22 nov. 2017.

Recursos. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Sobre-Recursos-Repetitivos>. Acesso em 22 nov. 2017.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Transmissão de energia elétrica. Disponível em:

<<http://www.eletrabras.com/elb/natrilhadaenergia/energia-eletrica/services/eletrabras/trilhaenergia/pdfs/como-a-energia-eletrica-e-transmitida-no-brasil.pdf>>. Acesso em 22 nov. 2017.