

POLÍTICA LEGISLATIVO - 17 de outubro de 2018

## A ilegalidade da incidência do ICMS na parcela da Subvenção da CDE

Além da impossibilidade de incidência do tributo, a interpretação apresentada pelo Estado criaria uma bitributação, cuja vedação é notória na legislação

O modelo setorial do Mercado de Energia Elétrica prevê inúmeros subsídios aos seus agentes, dentre eles, os subsídios tarifários instituídos pela Lei nº 10.438/2002, em especial ao artigo 13.



ARTIGO  
URIAS MARTINIANO G. NETO, ADVOGADO  
Sócio do Regulatório de Energia Elétrica do escritório Tomanik Martiniano Sociedade de Advogados

O art. 13 da Lei nº 10.438/2002 trata da criação da Conta de Desenvolvimento Energético – (CDE).

Basicamente, a CDE exerce dois papéis no setor de energia, o primeiro com um fundo setorial para cobrir determinadas despesas do setor e o outro é um encargo cobrados dos consumidores e incorporado na Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – (TUSD).

Ou seja, dentre as despesas que a CDE visa custear está abarcada a subvenção tarifária que busca reduzir o impacto financeiro da concessionária de distribuição pela aquisição de energia elétrica.

É essencial frisar que a subvenção da CDE não caracteriza em hipótese alguma a reposição da tarifa, mas sim um desconto incondicional ao consumidor.

Nessa linha, a subvenção da CDE foi criada para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias de distribuição de energia elétrica.

Portanto, a subvenção não deve ser confundida com o pagamento indireto da tarifa de energia suportada pelos consumidores, via Fundo da CDE.

Nesse sentido, registra-se que, em uma discussão similar, a Agência Nacional de Energia Elétrica – (ANEEL) já se posicionou contrária a incidência do ICMS na parcela relativa à subvenção.

Todavia, os Estados, sem qualquer embasamento jurídico-regulatório e tributário, determinaram a incidência do ICMS na parcela do subsídio da CDE.

Ocorre que, conforme será demonstrado a seguir, a cobrança realizada carece de legalidade.

Destaca-se, por exemplo, que a concessionária de distribuição Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A., em decorrência da determinação do Estado de São Paulo, está retroagindo a cobrança para períodos anteriores ao ano de 2018, cuja identificação na fatura de energia elétrica é “RESSARC FINANC ICMS – SUBVENÇÃO”.

Pois bem, em decorrência das peculiaridades da relação mantida entre Estado, concessionária de distribuição de energia elétrica e consumidor final, as concessionárias de distribuição são responsáveis pela operacionalização das determinações realizadas pelo Estado, não cabendo nenhum juízo de valor por parte delas sobre o tema.

Nesse sentido, o Estado de São Paulo sustenta a incidência do ICMS na parcela do subsídio da CDE, sob o argumento de que, segundo o artigo 12, anexo XVIII do Regimento do ICMS, a incidência do imposto ocorre sobre “qualquer valor a título de subvenção de tarifa relativa ao fornecimento de energia elétrica a consumidor por ela atendido”.

O Estado alega, ainda, que, caso o recolhimento do ICMS relativo à parcela do subsídio tarifário não fosse realizado, implicaria na conclusão de que a União Federal estaria instituindo isenções indiretas de tributos estaduais, o que é vedado pelo artigo 151, inciso II da Constituição Federal.

Entretanto, conforme será demonstrado a seguir, o referido entendimento não está ancorado pela legislação setorial.

#### **(a) Da Incidência do ICMS na Tarifa de Energia**

Para analisarmos a legalidade da incidência ora apresentada, primeiramente, é necessário entendermos a forma da incidência do ICMS na Tarifa de Energia. Vejamos:

A regra matriz da incidência do ICMS está prevista no artigo 155, inciso II, § 3º, da Constituição Federal, sendo taxativo quanto à tributação nas operações de energia elétrica, incidindo nestas apenas o próprio ICMS, além dos impostos de importação e exportação, quando ocorrido o fato gerador.

Isto posto, segundo nossa Carta Magna, o ato que gera a incidência do ICMS é realização da circulação da “mercadoria” energia elétrica, ocorrendo o fato gerador no momento da saída da energia contratada da distribuidora para o estabelecimento consumidor.

Com efeito, a mesma orientação encontra previsão expressa no art. 2º, § 1º, inciso III, e art. 12, incisos I e XII, todos da Lei Complementar nº 87/1996 (“Lei Kandir”).

Deste modo, a incidência do ICMS está diretamente condicionada ao consumo de energia elétrica, uma vez que é apenas neste momento em que se observa a ocorrência do aspecto material da regra matriz de incidência do tributo.

#### **(b) Da Fixação da Base de Cálculo do ICMS**

Em consonância com o exposto, o art. 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (“ADCT”) determina que a base de cálculo do ICMS-Energia deverá ser fixada através do valor da operação da qual decorrer o fornecimento de energia elétrica ao consumidor final.

Noutras palavras, a Constituição Federal determina que apenas o preço da operação de fornecimento de energia elétrica poderá integrar a base de cálculo do ICMS.

Por bem, a Lei Kandir aborda a base de cálculo do ICMS no mesmo sentido, conforme redação constante do art. 9º, § 1º, inciso II e art. 13, inciso I, ou seja, somente a parcela que visa remunerar a energia elétrica, logo a tarifa de energia definida para o consumidor sem abarcar eventuais subsídios à concessionária de distribuição.

Nesse sentido, é importante frisar que a inclusão de atividades autônomas à operação tributada na base de cálculo do ICMS, tal como a inclusão das parcelas estranhas à remuneração de energia elétrica ao “valor de fornecimento” de energia deverá ocorrer mediante expressa previsão legal.

Em observância ao dispositivo citado anteriormente, o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ enviou ao Congresso Nacional, o Projeto de Lei Complementar nº 352/02, para incluir a letra ‘c’ no § 1º do artigo 13 da Lei Complementar nº 87/96, pretendendo incluir na base de cálculo do ICMS “todos os encargos cobrados do adquirente, no fornecimento da energia elétrica”.

E, exatamente pelos fatos e argumentos ora apresentados, que o Congresso Nacional excluiu tal iniciativa do texto finalmente aprovado (Lei Complementar nº 38/2010), o que, demonstra a ilegalidade de se entender a incidência do ICMS em parcelas relativas à Subvenção Tarifária da CDE.

Observa-se que o posicionamento apresentado pelo Estado é extremamente incoerente, uma vez que a Administração Pública defende, de forma amplamente ilegal, a incidência do ICMS sobre a TUSD, cuja consequência seria a incidência do imposto no encargo CDE.

Destaca-se que a situação exposta acima, é fruto da reconhecida ilegalidade pelo Poder Judiciário da incidência do ICMS em parcelas estranhas à remuneração da energia elétrica, ou seja, o Estado vem buscando, de forma ilegal, uma maneira de compensar a perda de sua receita.

Deste modo, além da impossibilidade de incidência do tributo, a interpretação apresentada pelo Estado criaria uma bitributação, cuja vedação é notória na legislação, além da clara violação aos Princípios da Legalidade, da Capacidade Contributiva e da Vedação ao Confisco.

Por fim, como se não bastasse as ingerências e atrocidades que permeia a atuação da Administração Pública Federal e Estadual, os consumidores impactados terão de adotar medidas para não sofrer o ônus financeiro de um novo repasse ilegal.

***Urias Martiniano G. Neto (urias@tomasa.adv.br) é sócio do Regulatório de Energia Elétrica do escritório Tomanik Martiniano Sociedade de Advogados.***