

Guilherme Lima: Bandeira tarifária na base de cálculo do ICMS

A questão da possibilidade de inclusão das bandeiras tarifárias na base de cálculo do ICMS foi objeto de análise pelos ministros da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do AREsp 1.459.487. A controvérsia, resolvida por maioria de votos, revelou posicionamentos divergentes sobre a



O relator do caso, ministro Benedito Gonçalves,

fundamentou seu voto no entendimento de que as bandeiras tarifárias devem compor o preço da energia elétrica, uma vez que refletem o custo da produção do que é consumido. Sustentou que tais bandeiras são parte integrante na composição do custo de produção da energia elétrica em determinado momento, devendo, portanto, integrar a base de cálculo do ICMS.

Em sentido contrário, a ministra Regina Helena Costa apresentou divergência ao entender que as bandeiras tarifárias não estão relacionadas ao consumo efetivo de energia elétrica pelo contribuinte, não devendo, portanto, compor a base de cálculo do ICMS. Argumentou que tais bandeiras dizem respeito apenas às condições de geração de eletricidade, função regulatória, sem influência direta no consumo.

Inadequação da inclusão das bandeiras tarifárias na base de cálculo do ICMS

Análise à luz dos princípios constitucionais e da legislação

Analisando a questão sob uma perspectiva mais ampla, é possível concluir que a inclusão das bandeiras tarifárias na base de cálculo do ICMS não se mostra adequada. Primeiramente, é necessário ressaltar que o ICMS possui como base de cálculo o valor da operação, que corresponde ao valor da energia elétrica consumida pelos usuários do sistema. Nesse contexto, as bandeiras tarifárias não se relacionam diretamente com o consumo efetivo de energia.

É preciso considerar que as bandeiras tarifárias têm a finalidade de sinalizar aos consumidores os custos extras decorrentes das condições de geração de eletricidade em determinado período. Portanto, não se trata de uma parcela que integra o preço da energia elétrica em si, mas sim de um adicional que reflete uma circunstância temporária e excepcional. Com bem destacou o voto vencido, é evidente que a política das bandeiras tarifárias encerra atuação regulatória, a qual não se encontra diretamente vinculada ao efetivo consumo de contribuinte individualmente considerado.

Ademais, diante do que passou a dispor o artigo 3º, X da Lei Kandir (incluído pela Lei Complementar n. 194/2022), segundo o qual "*O imposto não incide sobre: X – serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica*", é inegável a ligação do adicional de



bandeira tarifária com os encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica. Essa disposição legal reforça a impossibilidade de inclusão das bandeiras tarifárias na base de cálculo do ICMS.

Incompatibilidade da inclusão das bandeiras tarifárias na base de cálculo do ICMS

Violação aos princípios da capacidade contributiva e legalidade

Dessa forma, ao incluir as bandeiras tarifárias na base de cálculo do ICMS, estar-se-ia ampliando indevidamente a incidência do imposto sobre valores que não correspondem efetivamente ao consumo realizado pelos contribuintes. Tal interpretação contraria os princípios da capacidade contributiva e legalidade, que regem o sistema tributário nacional.

Portanto, diante dos argumentos apresentados, conclui-se que é incompatível com a sistemática do ICMS a inclusão das bandeiras tarifárias na base de cálculo do referido imposto. Tal entendimento resguarda os direitos dos contribuintes e mantém a coerência com os princípios constitucionais que norteiam o sistema tributário brasileiro.