

POLÍTICA DISTRIBUIÇÃO JUDICIÁRIO - 4 de outubro de 2022

Justiça reconhece ilegalidade do ICMS na Subvenção da CDE com base na Lei Complementar nº 194, de 2022

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

Como já abordado em artigos anteriores, 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, ADOGADO
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, ainda, que a subvenção da CDE não caracteriza em hipótese alguma a reposição da tarifa, mas sim o valor repassado pelo Governo Federal para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias/permissionárias de distribuição de energia elétrica.

Nessa linha, a subvenção da CDE foi criada para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias/permissionárias 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.

Registra-se, ainda, que o art. 13, VII, da Lei nº 10.438/2002 esmiúça quais os benefícios tarifários que serão custeados pela CDE, sendo então, (a) nas tarifas aplicáveis aos geradores e consumidores de fontes incentivadas, (b) ao serviço de irrigação e aquicultura, (c) aos serviços públicos de água, esgoto e saneamento, e (d) às distribuidoras com mercado inferior a 500 GWh/ano, à classe rural, à subclasse cooperativa de eletrificação rural e ao serviço público de irrigação, como é possível conferir da redação do art. 1º e incisos do Decreto nº 7.891/2013.

Assim, a subvenção econômica repassada às distribuidoras para custeio dos benefícios tarifários especificados no Decreto nº 7.891/2013 não integra as tarifas de energia elétrica e não pode ser confundida com uma operação relativa à circulação da energia, não sendo, portanto, base de cálculo do ICMS.

Nesse sentido, registra-se que a Procuradoria Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por meio do Parecer nº 00500/2014/PFANEEL/PGF/AG, conclui pela ilegalidade da incidência do ICMS na parcela relativa à subvenção, *in verbis*:

III. DA CONCLUSÃO

55. Ante o exposto, a Procuradoria opina pela ilegalidade da incidência do ICMS sobre os recursos repassados pela CDE às concessionárias e permissionárias de distribuição, tal qual disposto no item II.2 do Parecer.

Ademais, a Agência Nacional de Energia Elétrica – (ANEEL) defende há muito que o ICMS não deve incidir sobre subvenções econômicas. Vejamos trecho do Ofício Circular nº 2.409/2007- SFF/ANEEL, de 14/11/ 2007:

As Secretarias da Fazenda de alguns Estados da União têm requerido das concessionárias e permissionárias de serviço público o recolhimento do ICMS sobre o valor do repasse da subvenção econômica relativa aos consumidores de energia integrantes da subclasse residencial de baixa renda, com consumo de até 220kWh/mês, instituída pela Lei n- 10.604/02.

O posicionamento da ANEEL continua sendo de que esse tributo não deveria incidir sobre a referida subvenção, por razões, no julgamento da Agência, consideradas relevantes, como por exemplo, que o referido tributo incide sobre o preço da energia elétrica (no caso a tarifa x consumo) e que a fonte da qual provém os recursos para saná-la é a Conta de Desenvolvimento Energético – CDE, que se refere a uma contribuição setorial que está incluída na tarifa de energia elétrica paga pelo consumidor e repassada à União Federal, que já compõe a base de cálculo do ICMS.

Logo, a subvenção consiste apenas em um repasse de recursos para as distribuidoras, cujo objetivo é manter o equilíbrio econômico financeiro dos seus contratos.

Registra-se, ainda, que a subvenção é repassada diretamente da CDE às distribuidoras e não integra o valor da operação relativa à circulação de mercadorias, no caso, a circulação de energia elétrica.

Nessa linha, não obstante o fato da legislação vigente e jurisprudência do tema abordarem, de forma clara, que a incidência de ICMS deve limitar-se, única e exclusivamente, à parcela de energia elétrica consumida, a Súmula 457 do STJ exclui da base de cálculo do ICMS os descontos incondicionais:

SÚMULA 457: Os descontos incondicionais nas operações mercantis não se incluem na base de cálculo do ICMS.

Ou seja, se um desconto incondicional (concedido sem condição) não se inclui na base de cálculo do ICMS.

Não obstante o exposto, destaca-se, ainda, que parte dos valores arrecadados para a CDE já foram tributados pelo ICMS, pois constam nas tarifas de energia elétrica e, por integrar a tarifa, sofre a incidência do ICMS.

Portanto, a cobrança de ICMS sobre a subvenção econômica repassada às concessionárias e permissionárias para custear os benefícios tarifários legais consiste, ainda, em uma bitributação, o que é vedado pela legislação vigente, bem como em posicionamento do Superior Tribunal de Justiça – (STJ).

(a) Da Lei Complementar nº 194, de 2022

Ademais, em 23.06.2022, foi publicada a Lei Complementar nº 194, de 2022, que estabelece que combustíveis, gás natural, energia elétrica, comunicações e o transporte coletivo são considerados bens e serviços essenciais e indispensáveis e que não podem ser tratados como supérfluos.

A referida Lei Complementar nº 194, de 2022, promoveu inserção relevante no art. 3 da Lei Kandir (Lei Complementar nº 87, de 1996), para prever expressamente que as parcelas que não compõe a remuneração do fornecimento de energia elétrica, em especial a subvenção da CDE, não devem compor a base de cálculo do tributo, *in verbis*:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

[...]

X – serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica.

Deste modo, a inserção promovida pela Lei Complementar nº 194, de 2022, na Lei Kandir, deixa claro e inquestionável que a incidência do ICMS na fatura de energia elétrica, deve limitar-se, única e exclusivamente, à parcela de energia elétrica referente ao fornecimento de energia, devendo os demais componentes serem excluídos da base de cálculo do referido tributo, tais como: Subvenção da CDE.

(b) Do recente posicionamento do Poder Judiciário

Nesse sentido, a Justiça Estadual da Bahia reconheceu a ilegalidade do ICMS na Subvenção da CDE com base nas disposições da Lei Complementar nº 194, de 2022, *in verbis*:

A legislação também determinou que não incidirá o ICMS sobre “serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica”, entre os quais se incluem a TUST (Tarifas de Uso do Sistema Elétrico de Transmissão), que recai sobre os consumidores conectados aos sistemas elétricos das concessionárias de transmissão, e TUSD (Tarifa de Uso dos Sistemas Elétricos de Distribuição), que é imposta aos consumidores conectados aos sistemas elétricos das concessionárias de distribuição.

A motivação alegada para a edição da nova Lei Complementar é a de combate à elevação de preços e serviços e inflação do país.

Com tais considerações, no particular, entendo pela aplicação imediata da LC 194/2022, ao presente caso, de modo que ACOLHO OS ACLARATÓRIOS, reconsidero a decisão anterior e DEFIRO A LIMINAR para determinar ao Estado da Bahia que se abstenha de cobrar o ICMS, de ora em diante, no que concerne aos número do cliente: [...] e número de instalação: [...], excluindo da base de cálculo do ICMS das faturas de energia elétrica da Embargante as parcelas a título de Subvenção da CDE, limitando a incidência do ICMS, única e exclusivamente, à parcela de energia elétrica, impedindo-se a imposição por parte do Estado de quaisquer medidas coercitivas relacionadas à sua cobrança, dentre as quais o ajuizamento de execuções fiscais, o óbice à emissão da respectiva certidão de regularidade fiscal da Embargante e a inclusão de seu nome em cadastros estaduais de inadimplência, até ulterior manifestação do STF nos autos da ADI n. 7195.

Portanto, a decisão judicial, além de refletir as disposições legais sobre o tema e o posicionamento da Agência Reguladora, é o primeiro precedente judicial que reconhece a ilegalidade do ICMS na Subvenção da CDE com base na Lei Complementar nº 194, de 2022.

Deste modo, a alteração legislativa e referida decisão representam uma grande vitória aos consumidores, pois, além da impossibilidade de incidência do tributo, a decisão proferida está em plena consonância com a legislação vigente, bem como aos Princípios da Legalidade, da Capacidade Contributiva e da Vedação ao Confisco, permitindo uma redução de custos frente ao momento vivenciado no país.

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