

JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA DO SETOR DE ENERGIA

Manzi, Batista, Fazio e Milet Advogados

(81) 2101-0500

Lucas Batista

lucas@manzi.adv.br

(81) 9 9993-9203

OBJETIVOS

- ✓ Traçar um breve **panorama** dos pontos de discussão e **jurisprudência** sobre alguns dos principais temas de discussão em matéria tributária específicos do setor elétrico ou que sobre ele possuam impacto relevante;
- ✓ Promover o debate e a **troca de experiências e informações** sobre os temas selecionados, de modo a aproveitar a presença de representantes de todo o setor no Comitê Tributário do XXXIII ENCONSEL;
- ✓ Destacar a **relevância da atuação colaborativa** dos agentes do setor em relação aos temas que conjugam tributação e energia elétrica, diante do crescente utilização no direito brasileiro de institutos próprios do **sistema de precedentes**, principalmente após o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).
- ✓ Propiciar a **integração entre a Contabilidade e o Jurídico** na condução dos temas de tributação do setor elétrico.

TEMAS SELECIONADOS

1. IPTU sobre imóveis e faixas de servidão afetados à concessão de serviço público de energia;
2. Taxas de fiscalização de infraestruturas de geração, transmissão e distribuição;
3. Contribuição de Iluminação Pública - CIP: responsabilidade tributária;
4. ICMS: substituição tributária no ACL (Ambiente de Contratação Livre);
5. ICMS sobre a TUST e a TUSD;
6. ICMS: seletividade da alíquota em função da essencialidade da energia elétrica;
7. ICMS sobre demanda contratada;
8. ICMS sobre subvenções do setor elétrico;
9. ISS: não incidência sobre atividade-meio;
10. ITCMD: não incidência na transferência compulsória de ativos de rede.

IPTU SOBRE IMÓVEIS E FAIXAS DE SERVIDÃO AFETADOS À CONCESSÃO

- **DESCRIÇÃO:** Discussão quanto à possibilidade ou não de incidência do IPTU sobre os imóveis e faixas de servidão detidos em razão de concessão de serviço público para implantação de ativos de rede elétrica (subestações, linhas de transmissão, linhas de distribuição etc.).
- **POSIÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA:** Deve incidir o IPTU porque, nos termos dos arts. 32 e 34 do CTN, seu fato gerador também abrange a posse ou domínio útil do bem imóvel.
- **POSIÇÃO DO CONTRIBUINTE:** Não pode ser cobrado IPTU das concessionárias, pois:
 - a) O art. 156, inciso I, da Constituição Federal só admite como hipótese de incidência a propriedade em sentido estrito, o que exclui o simples domínio útil, posse ou detenção;
 - b) Para se compatibilizar com a Constituição, os arts. 32 e 34 do CTN só foram recepcionados em parte pela Constituição Federal, de modo que só é fato gerador do IPTU a posse exercida com “*animus domini*” (aquela na qual o possuidor tenha a intenção de se tornar proprietário ou revele o caráter aparente de proprietário);
 - c) Os bens imóveis e faixas de servidão atrelados aos ativos das concessões de rede elétrica são bens reversíveis de propriedade do Poder Concedente (União Federal). Desse modo, a detenção exercida pelas concessionárias possui caráter precário (sem *animus domini*), de modo que não pode ser alvo de cobrança de IPTU.
 - d) **Observação:** Não é recomendável utilizar os argumentos da imunidade recíproca (art. 150, VI, “a” da CF/88) para não confundir com jurisprudência desfavorável do STF sobre o tema em repercussão geral (RE 594.015 e RE 601.720)

IPTU SOBRE IMÓVEIS E FAIXAS DE SERVIDÃO AFETADOS À CONCESSÃO

- **HISTÓRICO DA JURISPRUDÊNCIA:** Há no STJ e o no STF um histórico de diversas decisões em favor dos contribuintes no tocante à restrição do IPTU apenas à posse com *animus*, conforme abaixo exemplificado:
- a) "No que diz respeito aos arts. 32 e 34 do CTN, que disciplinam as hipóteses de incidência e a sujeição passiva do tributo, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que somente é inexigível o IPTU da cessionária de imóvel pertencente à União, quando esta detém a posse mediante relação pessoal, sem *animus domini*" (STJ - REsp 1.261.848/MG, Segunda Turma, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 24/2/12);
 - b) "Nos termos da jurisprudência do STJ, o cessionário do direito de uso não é o contribuinte do IPTU e da TLP, haja vista que é possuidor por relação de direito pessoal, não exercendo *animus domini*, sendo possuidor do imóvel como simples detentor de coisa alheia (STJ - AgRg no REsp 1350801/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 05/03/2013) ;
 - c) O Supremo Tribunal Federal, em caso análogo ao presente, o RE n. 451.152, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 27.4.07, fixou entendimento no sentido da impossibilidade do detentor da posse precária e desdobrada, decorrente de contrato de concessão de uso, figurar no pólo passivo da obrigação tributária (STF - RE 599417 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 29/09/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-10 PP-02077);

IPTU SOBRE IMÓVEIS E FAIXAS DE SERVIDÃO AFETADOS À CONCESSÃO

- **STATUS DA JURISPRUDÊNCIA:** Tem havido a aplicação equivocada ao tema em questão de dois precedentes do STF em sede de repercussão geral sobre temas diversos, o que tem tornado **importante fazer o Requerimento de Distinção (“distinguish”), nos termos do art. 1.037, §9º, do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)**, a fim de evitar a confusão indevida de entendimentos com impactos negativos indesejados no histórico favorável de decisões sobre os limites da hipótese de incidência do IPTU.

STF – Tema nº 385 (RE 594015): Tema discutido – “Reconhecimento de imunidade tributária recíproca a sociedade de economia mista ocupante de bem público”. Entendimento firma pelo STF (tese): “A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal não se estende a empresa privada arrendatária de imóvel público, quando seja ela exploradora de atividade econômica com fins lucrativos. Nessa hipótese, é constitucional a cobrança do IPTU pelo Município”. Julgamento ocorrido em 06/04/2017 e acórdão divulgado em 24/08/2017.

STF – Tema nº 437 (RE 601720): Tema discutido - “Reconhecimento de imunidade tributária recíproca a empresa privada ocupante de bem público”. Entendimento firmado pelo STF (tese): “Incide o IPTU, considerado imóvel de pessoa jurídica de direito privado, devedora do tributo”. Julgamento ocorrido em 19/04/2017 e acórdão divulgado em 05/09/2017.

IPTU SOBRE IMÓVEIS E FAIXAS DE SERVIDÃO AFETADOS À CONCESSÃO

➤ PONTOS DE DESTAQUE:

✓ **Não incidência ≠ Imunidade:** Importância do esforço integrado do setor para que cada empresa, em seus respectivos processos, realize o **Requerimento de Distinção (“distinguish”)**, inclusive como ponto preambular de Recurso Especial, Extraordinário ou Contrarrazões sobre o tema, a fim de garantir a aplicação e perpetuação do histórico favorável de decisões especificamente em relação à extensão da hipótese constitucional (regra-matriz) de incidência do IPTU (art. 156, inciso I, da CF/88 em cotejo com os arts. 32 e 34 do CTN), que é matéria diversa da imunidade recíproca (art. 150, inciso VI, alínea “a” da CF/88).

✓ **Importante:** Reconhecimento da distinção em decisão monocrática da Ministra Assusete Magalhães no Recurso Especial nº 218.474/PE:

“A COMPANHIA ENERGÉTICA DE PERNAMBUCO (CELPE) apresenta, nos termos do art. 1.037, § 9º, do CPC/2015, *Requerimento de Distinção – distinguish – contra o despacho que determinou o sobrestamento do Agravo em Recurso Especial, tendo em vista o reconhecimento repercussão geral da matéria pelo STF (RE 594.015/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO. Alega a petionária que o sobrestamento foi equivocado*, já que a matéria tratada nos autos *tem finalidade específica, “afastar a incidência do IPTU sobre imóvel de detenção da CELPE, mas de propriedade da União Federal, vez que são imóveis afetos à concessão de energia elétrica, quando utilizado especificamente no serviço público de fornecimento de energia elétrica”* (fl. 436e). Após o exame detido dos autos, assiste razão a petionária, pelo que chamo o feito a ordem, anulando a decisão de sobrestamento”.

TAXAS MUNICIPAIS DE FISCALIZAÇÃO DE INFRAESTRUTURAS DO SETOR ELÉTRICO

- **DESCRIÇÃO:** Discussão quanto aos limites constitucionais e legais dos parâmetros de cálculo das taxas municipais de fiscalização de infraestruturas de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, instituídas com múltiplas nomenclaturas e montantes totais exorbitantes em muitos casos:
a) Taxa de Licença e Localização – TLL; b) Taxa de Localização e Funcionamento – TLF; c) Taxa de Fiscalização e Funcionamento – TFF; d) Taxa de Fiscalização de Estabelecimento – TFE e) Taxa de Fiscalização do Uso do Solo, dentre outras denominações utilizadas pelas inúmeras legislações municipais.
- **POSIÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA:** Com base no (i) princípio constitucional da autonomia municipal e na (ii) competência para tratar de matérias de interesse local (art. 30 da CF/88), bem como na (iii) jurisprudência que admite a constitucionalidade das taxas municipais de fiscalização voltadas ao exercício destas competências, muitos municípios têm entendido (indevidamente) que possuem plena liberdade para fixar os parâmetros de cálculo destas taxas.
- **POSIÇÃO DO CONTRIBUINTE:** São inconstitucionais e ilegais, por violação do art. 145, II, da CF/88 e do art. 77 do CTN, as taxas cujos parâmetros de cálculo sejam exorbitantes e destoantes das balizas que reflitam o custo estimado do ente público com a fiscalização, pois: (i) Como tributo contraprestacional, a taxa não pode ter caráter arrecadatório, tendo como limite o custo da atividade estatal; (ii) O valor exorbitante configura violação aos princípios do não-confisco (art. 150, IV, da CF/88), da razoabilidade e da proporcionalidade; (iii) Em alguns Municípios, há também violação à isonomia tributária (art. 150, II, da CF/88) quando são estabelecidos parâmetros mais onerosos ao setor elétrico em comparação com outros equivalentes.

TAXAS MUNICIPAIS DE FISCALIZAÇÃO DE INFRAESTRUTURAS DO SETOR ELÉTRICO

- **STATUS DA JURISPRUDÊNCIA:** Tanto os tribunais superiores (STF e STJ) quanto os Tribunais Estaduais possuem decisões declarando a inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de diversas taxas municipais de fiscalização cujos parâmetros de cálculo foram reputados abusivos, conforme a seguir exemplificado:

STF – RE nº 100.201/SP: *“A taxa de licença e localização, e funcionamento, é tipicamente um tributo decorrente do exercício do poder de polícia, pois pressupõe o controle da localização de atividades do município. Mas se a sua base de cálculo inclui outros elementos, tais como o número de empregados de contribuinte, a taxa não mais se fundamenta em exercício do poder de polícia, nem mesmo na prestação de serviços específicos e divisíveis. Sendo a taxa uma contraprestação de atividade estatal desenvolvida genericamente em prol do contribuinte, o seu fato gerador é sempre essa atividade. Sua base de cálculo há de corresponder a esse fato gerador e não as condições específicas de cada contribuinte. A taxa de licença não pode, assim ter como base de cálculo o valor do patrimônio, a renda, o volume da produção ou o número de empregados, que dizem respeito a condições econômicas do contribuinte e não ao custo do exercício do poder de polícia”.*

TAXAS MUNICIPAIS DE FISCALIZAÇÃO DE INFRAESTRUTURAS DO SETOR ELÉTRICO

➤ STATUS DA JURISPRUDÊNCIA (continuação):

STF – ADI 2551 MC-QO: “[...] **TAXA: CORRESPONDÊNCIA ENTRE O VALOR EXIGIDO E O CUSTO DA ATIVIDADE ESTATAL.** - A taxa, enquanto contraprestação a uma atividade do Poder Público, **não pode superar a relação de razoável equivalência que deve existir entre o custo real da atuação estatal** referida ao contribuinte e o valor que o Estado pode exigir de cada contribuinte, considerados, para esse efeito, os elementos pertinentes às alíquotas e à base de cálculo fixadas em lei. - Se o valor da taxa, no entanto, ultrapassar o custo do serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte, dando causa, assim, a uma situação de onerosidade excessiva, que descaracterize essa relação de equivalência entre os fatores referidos (o custo real do serviço, de um lado, e o valor exigido do contribuinte, de outro), configurar-se-á, então, quanto a essa modalidade de tributo, hipótese de **ofensa à cláusula vedatória inscrita no art. 150, IV, da Constituição da República.** Jurisprudência. Doutrina.

TRIBUTAÇÃO E OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. - O Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo **princípio da razoabilidade**, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. - O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. - **A prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte.** É que este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelo Estado”.

TAXAS MUNICIPAIS DE FISCALIZAÇÃO DE INFRAESTRUTURAS DO SETOR ELÉTRICO

➤ STATUS DA JURISPRUDÊNCIA (continuação):

STF – RE 554951-SP: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TAXA DE LICENÇA PARA LOCALIZAÇÃO, FUNCIONAMENTO E INSTALAÇÃO (TLIF). **BASE DE CÁLCULO. NÚMERO DE EMPREGADOS. DADO INSUFICIENTE PARA AFERIR O EFETIVO PODER DE POLÍCIA.** ARTIGO 6º DA LEI Nº 9.670/83. **INCONSTITUCIONALIDADE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DA CORTE.**

1. A taxa é um tributo contraprestacional (vinculado) usado na remuneração de uma atividade específica, seja serviço ou exercício do poder de polícia e, por isso, não se atém a signos presuntivos de riqueza. As taxas comprometem-se tão somente com o custo do serviço específico e divisível que as motiva, ou com a atividade de polícia desenvolvida.

2. A base de cálculo proposta no art. 6º da Lei nº 9.670/83 atinente à taxa de polícia se desvincula do maior ou menor trabalho ou atividade que o Poder Público se vê obrigado a desempenhar em decorrência da força econômica do contribuinte. O que se **leva em conta, pois, não é a efetiva atividade do Poder Público, mas, simplesmente, um dado objetivo, meramente estimativo ou presuntivo de um ônus à Administração Pública.**

3. No tocante à base de cálculo questionada nos autos, é de se notar que, no RE 88.327/SP, Rel. Min. Décio Miranda (DJ 28/9/79), o Tribunal Pleno já havia assentado a ilegitimidade de taxas cobradas em razão do número de empregados. Essa jurisprudência vem sendo mantida de forma mansa e pacífica. 4. Recurso extraordinário não provido”.

TAXAS MUNICIPAIS DE FISCALIZAÇÃO DE INFRAESTRUTURAS DO SETOR ELÉTRICO

➤ PONTOS DE DESTAQUE:

✓ **Taxa de uso e ocupação do solo \neq Taxa de fiscalização do uso e ocupação do solo:** O STF possui entendimento consolidado de que a cessão de uso do solo em espaço público não pode ser alvo de taxa, por não ser serviço público nem exercício do poder de polícia. Por isso, muitos Municípios estas taxas pelas de fiscalização de atividades e/ou do uso e ocupação do solo, que é constitucional desde que não possua parâmetros abusivos de cálculo.

✓ **Desnecessidade de demonstração do custo da atividade estatal quando o valor for “MANIFESTAMENTE EXORBITANTE”:** “(...) 4. Nesse contexto, a despeito de não ser possível determinar com precisão o custo suportado pela municipalidade em decorrência da referida fiscalização anual, observa-se que os valores cobrados da empresa agravante a teor da referida taxa de licença – R\$ 245.263,58 relativamente ao exercício de 2013 e R\$ 157.903,57 para o ano de 2012 – afiguram-se manifestamente exorbitantes, mesmo porque o que se depreende dos autos é que a atividade fiscalizatória realizada se procedeu via email (fls. 92/98), tendo agente administrativo limitado-se a solicitar de funcionário da empresa o preenchimento de planilha contendo relação das máquinas (próprias e de terceiros) existentes em seu parque industrial, com discriminação da potência e tonelagem das mesmas. Não há, na espécie, notícia de qualquer tipo de fiscalização mais elaborada, como por exemplo de inspeção técnica in loco procedida por profissional especializado, o que certamente implicaria em aumento de custo. A mais baixa complexidade da atividade estatal vem evidenciada na página de observações integrante do próprio Auto de Infração (fls. 101), que já no item 1 anuncia: “OS VALORES DA TAXA FORAM APURADOS COM BASE NA PLANILHA DE MÁQUINAS E MOTORES, FORNOS, GUINDASTES, CÂMARAS FRIGORÍFICAS E ASSEMBELHADOS, FORNECIDA PELA AUTUADA

✓ **Por cautela, buscar elementos orçamentários ou de fato que reforcem e/ou Demonstrem o baixo custo da fiscalização em comparação com a taxa.**

CIP – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA CONCESSIONÁRIA DE DISTRIBUIÇÃO

- **DESCRIÇÃO:** Discussão quanto à possibilidade ou não de a legislação municipal atribuir à concessionária de distribuição de energia elétrica a condição de responsável tributária pela cobrança, arrecadação e repasse da Contribuição de Iluminação Pública – CIP, para que tais atividades passem a ser exercidas pela concessionária como obrigação legal independentemente de celebração de convênio e remuneração.
- **POSIÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA:** Entende que a responsabilidade tributária da concessionária em relação à CIP pode ser estabelecida pela legislação municipal em função do previsto no parágrafo único do art. 149-A da Constituição Federal: “É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o *caput*, na fatura de consumo de energia elétrica”.
- **POSIÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS:** É inconstitucional e ilegal a imputação de responsabilidade à concessionária, dado que: **(i)** Viola os arts. 121 e 128 do CTN, pois a concessionária não tem vinculação com o fato gerador, (relação entre Município e consumidor no tocante à iluminação pública; **(ii)** O art. 149-A da Constituição não estabeleceu uma hipótese de responsabilidade tributária, mas apenas de delegação da capacidade contributiva ativa, nos termos da segunda parte do *caput* do art. 7º do CTN; **(iii)** Violação do art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/95, por ocasionar o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

CIP – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA CONCESSIONÁRIA DE DISTRIBUIÇÃO

- **STATUS DA JURISPRUDÊNCIA:** Embora a maioria das decisões de primeira instância e de alguns Tribunais Estaduais até então seja contrária às concessionárias, também existem algumas decisões favoráveis neste âmbito. A matéria ainda não obteve definição nos Tribunais Superiores (STJ e STF), de modo que é importante a atuação colaborativa das empresas do setor elétrico na tentativa de reverter o quadro até então delineado.

TJPE (proc. 0050191-81.2012.8.17.0001) - CONTRÁRIA: “A 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Pernambuco entendeu que ‘À luz do art. 121, II, do CTN, a responsabilidade tributária depende de expressa disposição legal, ...’ e que ‘O art. 128, do CTN impõe critério material, exigindo conectividade entre o fato jurígeno do tributo e a terceira pessoa responsável pelo crédito tributário’. ‘Por sua vez, o fato gerador da CIP, definido no art. 68, da Lei Municipal nº 15.563/91, configura-se como a prestação do serviço de iluminação pública. Destarte, o nexo causal entre o fato jurígeno e a concessionária se dá em virtude da atividade desempenhada por esta, traduzida na responsabilidade de disponibilizar a energia elétrica’. (...) ‘Ante o exposto, não há razões para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da Lei Municipal nº 17.770/2012, posto que a hipótese de substituição tributária aqui tratada está em plena harmonia com os preceitos da Lei nº 5.172/66 – Código Tributário Nacional – e da CRFB/1988’”.

CIP – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA CONCESSIONÁRIA DE DISTRIBUIÇÃO

➤ STATUS DA JURISPRUDÊNCIA (continuação):

TJRN (Agravado Interno nº 2017.002167-3/0002.00) - FAVORÁVEL: “EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DOS SERVIÇOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – COSIP PREVISTA NO ART. 149-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 39/2002. SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. O CONTRIBUINTE, QUANDO TENHA RELAÇÃO PESSOAL E DIRETA COM A SITUAÇÃO QUE CONSTITUA O RESPECTIVO FATO GERADOR, E O RESPONSÁVEL, AQUELE QUE, SEM SER CONTRIBUINTE, FOR OBRIGADO POR EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL (ART. 121 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL). RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA ATRIBUÍDA A TERCEIRA PESSOA DESDE QUE VINCULADA A FATO GERADOR DA RESPECTIVA OBRIGAÇÃO. ART. 128 DO CTN. POSSIBILIDADE DE O MUNICÍPIO DE NATAL ATRIBUIR A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PELO CRÉDITO À DISTRIBUIDORA DE ENERGIA ELÉTRICA. CONTRIBUINTE DA CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA: PROPRIETÁRIO, DETENTOR DO DOMÍNIO ÚTIL OU POSSUIDOR A QUALQUER TÍTULO. **AGRAVADA NÃO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIA PELO CRÉDITO POR NÃO HEVER – NO CASO ESPECÍFICO DO MUNICÍPIO DE NATAL – UM LIAME DIRETO OU INDIRETO COM O FATO GERADOR. FATO GERADOR DA CONTRIBUIÇÃO NÃO É O CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA, MAS A CONTRAPRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. RECURSO DESPROVIDO. PREJUDICADO O AGRAVO INTERNO**”.

CIP – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA CONCESSIONÁRIA DE DISTRIBUIÇÃO

➤ STATUS DA JURISPRUDÊNCIA (continuação):

TJSP (proc. 2101183-24.2016.8.26.0000) - FAVORÁVEL: “(...)...sustenta o Município em suas razões (fls. 01/06) que a Lei Complementar Municipal nº 159/2014 instituiu a Contribuição para o Custeio de Serviço de Iluminação Pública (CIP) e determinou em seu artigo 3º a responsabilidade tributária da empresa concessionária de distribuição de energia elétrica para a cobrança e arrecadação do aludido tributo. A 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que ‘... **não basta a mera edição de lei complementar municipal prevendo que a empresa distribuidora de energia elétrica será a responsável por arrecadar e repassar aos cofres públicos a CIP, sendo imprescindível a existência de contrato ou acordo celebrado entre as partes Município e concessionária contendo previsão expressa acerca dessas atribuições. A efetivação da cobrança da CIP por meio da fatura de consumo de energia elétrica inegavelmente tem um custo ainda que mínimo e se o Município pretende se utilizar dos serviços e da estrutura já montada pela concessionária para exigir dos contribuintes o tributo é razoável que entre em acordo com a agravada a respeito do pagamento das despesas existentes**’ ”.

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NO AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE (ACL)

- **DESCRIÇÃO:** Discussão quanto à possibilidade ou não de as legislações estaduais, a partir do Convênio ICMS nº 77/2011, atribuírem às concessionárias de distribuição de energia elétrica a condição de substitutas tributárias pelo ICMS incidente nas operações de compra e venda de energia efetuadas no Ambiente de Contratação Livre (ACL).
- **POSIÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA:** A substituição tributária neste caso seria cabível em função das previsões do art. 9º, §1º, II da LC nº 87/96 e do art. 34, §9º, do ADCT e porque a Concessionária de Distribuição de Energia, ao ceder a infraestrutura de rede mediante a cobrança da TUSD, supostamente teria relação com o fato gerador do ICMS ocorrido no ACL.
- **POSIÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS:** É inconstitucional e ilegal a imputação à concessionária da condição de substituta tributária pelo ICMS do ACL, dado que: **(i)** Viola o art. 128 do CTN, pois a concessionária não tem vinculação com o fato gerador (relação de compra e venda no ACL), inclusive pela vedação regulatória existente nesse sentido; **(ii)** É inadmissível a chamada “substituição tributária lateral”, expressão utilizada pelo Procurador Federal Luiz Eduardo Diniz Araújo em Parecer na ADI nº 4281-5; **(iii)** Viola o princípio da estrita legalidade quando instituída apenas por Decreto; **(iv)** Traz embaraços à plena operacionalização do princípio da não-cumulatividade; **(v)** Viola o princípio da capacidade contributiva, pois responsabiliza a concessionária pelo ICMS incidente sobre valores de uma cadeia de relação que ela não integra; **(vi)** Desequilibra os fatores de livre mercado imprescindíveis ao ACL e à competência privativa da União para regulamentar o setor de energia elétrica (Art. 22, IV, da CF/88); **(vii)** Deve haver a interpretação da LC nº 87 e do ADCT conforme o novo marco regulatório do setor elétrico (desverticalização).

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NO AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE (ACL)

- **STATUS DA JURISPRUDÊNCIA:** Nos Tribunais Estaduais, há decisões tanto favoráveis quanto contrárias às concessionárias e comercializadoras de energia, ainda não havendo como apontar um entendimento majoritário num ou noutro sentido. Nos Tribunais Superiores (STJ e STF), ainda não há precedentes muito substanciais e a matéria ainda não afetada foi afetada à sistemática de recursos repetitivos ou repercussão geral. Contudo, encontra-se em tramitação a ADI nº 4281, na qual há pareceres favoráveis do MP e da ANEEL e até então só foram proferidos 02 votos, ambos favoráveis aos contribuintes, sendo o primeiro proferido pela então Ministra Ellen Gracie, em agosto de 2011, e o segundo recentemente pela Ministra Carmem Lúcia, conforme sintetizou a notícia publicada no *site* do STF.

NOTÍCIA STF (ADI 4281): “Novo pedido de vista suspende análise de decreto de SP que trata de ICMS no comércio de energia elétrica. Foi suspenso, em razão de um pedido de vista do ministro Alexandre de Moraes, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4281, em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) discute a validade de decreto do governo de São Paulo que centralizou nas distribuidoras de energia elétrica a cobrança do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS) devido sobre a comercialização (compra e venda) dessa energia no mercado livre, em vez de cobrá-lo diretamente das comercializadoras. Até o momento foram proferidos dois votos favoráveis à inconstitucionalidade da norma. Na sessão plenária realizada nesta quarta-feira (2), a ministra Cármen Lúcia apresentou voto-vista no sentido de acompanhar a relatora da ADI, ministra Ellen Gracie (aposentada), que votou pela procedência da ação ajuizada pela Associação Brasileira dos Agentes Comercializadores de Energia Elétrica (Abraceel). (...)

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NO AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE (ACL)

➤ STATUS DA JURISPRUDÊNCIA (continuação):

NOTÍCIA STF (ADI 4281) - continuação: “(...) Em agosto de 2011, quando o julgamento teve início, a relatora entendeu que o decreto é inconstitucional, pois inovou ao estabelecer substituição do responsável pelo recolhimento do ICMS (as distribuidoras, em vez das comercializadoras), sem que ela esteja expressamente prevista em lei. Com isso, ressaltou que a norma questionada ofende o disposto no artigo 5º, inciso II, segundo o qual “ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Além disso, segundo a ministra, o decreto viola o artigo 150, inciso I, que veda à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios “exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. **VOTO-VISTA:** Ao votar, a ministra **Cármem Lúcia** considerou que a hipótese apresenta **inconstitucionalidade formal e material**. Inicialmente, ela considerou que a Constituição Federal exige lei para estabelecer substituto tributário, assim, o **princípio da legalidade** tem que ser observado. “A lei tributária deve dispor sobre os elementos de sua incidência, não deixando espaço para que se faça valoração de sua aplicação”, avaliou. De acordo com a presidente do STF, essa exigência de legalidade em matéria tributária está prevista no artigo 150, parágrafo 7º, da Constituição Federal (substituição tributária para frente), bem como no artigo 155, parágrafo 2º, inciso XII, alínea “b”, que determina que lei complementar deve dispor sobre substituição tributária. Observou que o decreto paulista criou uma modalidade de substituição tributária não estabelecida em lei, uma vez que não se enquadra no que autorizado pela Lei 6.374, do Estado de São Paulo, contrariando assim os artigos 5º, inciso II e 150, inciso I, da Constituição Federal. A ministra também afirmou que há violação ao **princípio da capacidade contributiva**. “O pressuposto de fato da obrigação tributária de recolher o ICMS na espécie é a comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre em cuja cadeia de circulação econômica não há participação do agente de distribuição, pelo que também há contrariedade ao princípio da capacidade contributiva”, ressaltou, ao citar violação ainda aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, em razão de que, conforme alegado pela Abraceel, o decreto questionado vulnerabiliza o sigilo de preços de obrigações realizadas no mercado livre”.

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NO AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE (ACL)

➤ STATUS DA JURISPRUDÊNCIA (continuação):

TJBA – Apelação nº 0522779-83.2014.8.05.0001 - FAVORÁVEL: “APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA EM AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE. ICMS. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ATRIBUIÇÃO A TERCEIRO. DECRETO. IMPOSSIBILIDADE. LEI EM SENTIDO ESTRITO. EXIGÊNCIA. VINCULAÇÃO AO FATO GERADOR. INOCORRÊNCIA. APELO IMPROVIDO. SENTENÇA INTEGRADA. É indevido atribuir, através de decreto, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS incidente sobre a aquisição de energia em ambiente de contratação livre à distribuidora de energia, pois: a) para fins de exigência do crédito tributário, mister se faz que todos os contornos da exação estejam definidos em lei formalmente editada, inclusive no que toca à atribuição de responsabilidade de terceiro pelo pagamento de tributos. Inteligência dos arts. 150, I e §7º, da CF e 97, III, 121, parágrafo único II, e 128 do CTN; b) para que a responsabilidade pelo recolhimento do tributo seja atribuída a terceiro, é preciso que este esteja vinculado ao fato gerador, vínculo este inexistente para a concessionária de energia elétrica nas hipóteses de compra de energia em ambiente de contratação livre. Apelo improvido. Sentença integrada”.

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NO AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE (ACL)

➤ STATUS DA JURISPRUDÊNCIA (continuação):

TJSP – Apelação nº 0042489-78.2009.8.26.0053 - CONTRÁRIA: “MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão de afastar o regime de substituição tributária instituído pelo Decreto nº 54.177/09, alterando a sistemática de recolhimento do ICMS devido nas operações com energia elétrica – Sentença concessiva – Impossibilidade – Ausência de ilegalidade e inconstitucionalidade – Legislação que permite a atribuição à distribuidora de energia a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do tributo – Preliminar – Súmula 266, do STF – Inaplicável ao caso – No mérito, recurso provido”.

- **DESCRIÇÃO:** Discussão quanto à possibilidade ou não de incidência do ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição e transmissão (TUSD/TUST) tanto para consumidores no mercado cativo quanto no mercado livre.
- **POSIÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA:** Deve incidir o ICMS, de acordo com a Constituição Federal, com a Lei Complementar nº. 87/96 e com o RICMS, sobre operações relativas à energia elétrica, desde a produção até a última operação, de modo que, por conseguinte, a base de cálculo engloba todos os custos relacionados às operações de energia elétrica, desde a produção até o seu consumo efetivo. Há também
- **POSIÇÃO DO CONTRIBUINTE:** Não pode ser cobrado ICMS sobre a TUSD/TUST, pois:
 - a) O ICMS somente deve incidir na circulação das mercadorias, assim afastando a incidência do tributo sobre operações que não são atos de mercancia, isso porque essas tarifas constituem em pagamentos para a autorização para a utilização da rede de energia elétrica;
 - b) A aplicação da Súmula nº. 166 do STJ, pois o ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da mercadoria, e não do serviço de transporte de transmissão e distribuição de energia elétrica.

ICMS SOBRE TUST E TUSD

- **STATUS DA JURISPRUDÊNCIA:** O STF já se posicionou contra a possibilidade de discussão da matéria, por ausência de argumento constitucional capaz de suscitar a participação da Suprema Corte. O STJ, por outro lado, por ser a corte infraconstitucional, ainda não firmou posicionamento pacífico sobre a matéria, existindo vários precedentes favoráveis aos contribuintes e às Fazendas Públicas.
- **Decisões favoráveis aos contribuintes no ACL:**
 - PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - COBRANÇA DE ICMS COM INCLUSÃO EM SUA BASE DE CÁLCULO DA TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - TUSD - INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES.
 - 1. É firme a Jurisprudência desta Corte de Justiça no sentido de que não incide ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição de energia elétrica, já que o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria, ou seja, no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte, circunstância não consolidada na fase de distribuição e transmissão. Incidência da Súmula 166 do STJ. Precedentes jurisprudenciais.
 - 2. Agravo regimental não provido.
(AgRg no REsp 1075223/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013)

ICMS SOBRE TUST E TUSD

➤ **Decisões contrárias aos contribuintes no ACL:**

TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). INCLUSÃO. 1. O ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas - entre elas a referente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) - compõe o preço final da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996.2. A peculiar realidade física do fornecimento de energia elétrica revela 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, sendo certo que a etapa de transmissão/distribuição não cuida de atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável.3. A abertura do mercado de energia elétrica, disciplinada pela Lei n. 9.074/1995 (que veio a segmentar o setor), não infirma a regra matriz de incidência do tributo, nem tampouco repercute na sua base de cálculo, pois o referido diploma legal, de cunho eminentemente administrativo e concorrencial, apenas permite a atuação de mais de um agente econômico numa determinada fase do processo de circulação da energia elétrica (geração). A partir dessa norma, o que se tem, na realidade, é uma mera divisão de tarefas - de geração, transmissão e distribuição - entre os agentes econômicos responsáveis por cada uma dessas etapas, para a concretização do negócio jurídico tributável pelo ICMS, qual seja, o fornecimento de energia elétrica ao consumidor final.4. Por outro lado, o mercado livre de energia elétrica está disponibilizado apenas para os grandes consumidores, o que evidencia que a exclusão do custo referente à transmissão/distribuição da base de cálculo do ICMS representa uma vantagem econômica desarrazoada em relação às empresas menores (consumidores cativos), que arcam com o tributo sobre o "preço cheio" constante de sua conta de energia, subvertendo-se, assim, os postulados da livre concorrência e da capacidade contributiva.5. Recurso especial desprovido.(REsp 1163020/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017)

➤ **Decisões favoráveis aos contribuintes no ACR:**

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. FATO GERADOR. SAÍDA DO ESTABELECIMENTO FORNECEDOR. CONSUMO. BASE DE CÁLCULO. TUSD. ETAPA DE DISTRIBUIÇÃO. NÃO INCLUSÃO. PRECEDENTES. 1. O Tribunal a quo confirmou sentença de concessão da Segurança para determinar que a autoridade apontada como coatora deixe de lançar o ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) da conta de energia elétrica consumida pela recorrida. [...] 4. O STJ possui entendimento consolidado de que a Tarifa de Utilização do Sistema de Distribuição - TUSD não integra a base de cálculo do ICMS sobre o consumo de energia elétrica, uma vez que o fato gerador ocorre apenas no momento em que a energia sai do estabelecimento fornecedor e é efetivamente consumida. Assim, tarifa cobrada na fase anterior do sistema de distribuição não compõe o valor da operação de saída da mercadoria entregue ao consumidor (AgRg na SLS 2.103/PI, Rel. Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, DJe 20/5/2016; AgRg no AREsp 845.353/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13/4/2016; AgRg no REsp 1.075.223/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 11/6/2013; AgRg no REsp 1.014.552/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18/3/2013; AgRg nos EDcl no REsp 1.041.442/RN, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 29/9/2010). 5. Não se desconhece respeitável orientação em sentido contrário, recentemente adotada pela Primeira Turma, por apertada maioria, vencidos os Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Regina Helena Costa (REsp 1.163.020/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 27/3/2017). 6. Sucede que, uma vez preservado o arcabouço normativo sobre o qual se consolidou a jurisprudência do STJ e ausente significativa mudança no contexto fático que deu origem aos precedentes, não parece recomendável essa guinada, em atenção aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (art. 927, § 4º, do CPC/2015). 7. Recurso Especial não provido. (REsp 1649658/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 05/05/2017)

➤ **Decisões contrárias aos contribuintes no ACR:**

TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). INCLUSÃO. 1. O ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas – entre elas a referente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) – compõe o preço final da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996. 2. A peculiar realidade física do fornecimento de energia elétrica revela 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, sendo certo que a etapa de transmissão/distribuição não cuida de atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável. 3. A abertura do mercado de energia elétrica, disciplinada pela Lei n. 9.074/1995 (que veio a segmentar o setor), não infirma a regra matriz de incidência do tributo, nem tampouco repercute na sua base de cálculo, pois o referido diploma legal, de cunho eminentemente administrativo e concorrencial, apenas permite a atuação de mais de um agente econômico numa determinada fase do processo de circulação da energia elétrica (geração). A partir dessa norma, o que se tem, na realidade, é uma mera divisão de tarefas – de geração, transmissão e distribuição – entre os agentes econômicos responsáveis por cada uma dessas etapas, para a concretização do negócio jurídico tributável pelo ICMS, qual seja, o fornecimento de energia elétrica ao consumidor final. 4. Por outro lado, o mercado livre de energia elétrica está disponibilizado apenas para os grandes consumidores, o que evidencia que a exclusão do custo referente à transmissão/distribuição da base de cálculo do ICMS representa uma vantagem econômica desarrazoada em relação às empresas menores (consumidores cativos), que arcam com o tributo sobre o "preço cheio" constante de sua conta de energia, subvertendo-se, assim, os postulados da livre concorrência e da capacidade contributiva. 5. Recurso especial desprovido.

➤ INCIDENTES DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR):

- ✓ IRDR nº. 1.537.839-9 admitido no **TJPR** (mercado cativo).
- ✓ IRDR nº. 1600149-27.2017.8.12.0000 admitido no **TJMS** (mercado cativo).
- ✓ IRDR nº. 0323339-12.2014.8.24.0023/50000 admitido no **TJSC** (mercado cativo).
- ✓ IRDR nº. 1.0000.17.044085-3/001 admitido no **TJMG** (mercado cativo).
- ✓ IRDR nº. 2246948-26.2016.8.26.0000 admitido no **TJSP** (mercado cativo).
- ✓ IRDR nº. 001371960-2017.8.08.0000 admitido no **TJES** (mercado cativo).

ICMS: SELETIVIDADE DA ALÍQUOTA EM FUNÇÃO DA ESSENCIALIDADE DA ENERGIA

- **DESCRIÇÃO:** Discussão quanto à seletividade das alíquotas do ICMS em razão da essencialidade das mercadorias/serviços tributados, especificamente no que diz respeito ao consumo de energia elétrica.
- **POSIÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA:** O princípio da seletividade é facultada aos Estados, não se apresentando como imperativo a ser observado sob pena de inconstitucionalidade, além de não afastar a aplicação do princípio da capacidade contributiva, de modo a permitir a incidência de alíquotas superiores nas operações com energia elétrica.
- **POSIÇÃO DO CONTRIBUINTE:** Os contribuintes entendem ser inconstitucional a exigência de ICMS em alíquotas elevadas, em razão das disposições constitucionais que informam poder ser o ICMS seletivo de acordo com a essencialidade do bem tributado.

ICMS: SELETIVIDADE DA ALÍQUOTA EM FUNÇÃO DA ESSENCIALIDADE DA ENERGIA

- **STATUS DA JURISPRUDÊNCIA:** Os Tribunais vêm proferindo decisões conflitantes, ora acatando os argumentos dos contribuintes, ora acatando os argumentos fazendários. Em razão disso, o RE 714.139/SC teve repercussão geral reconhecida pelo STF, com o potencial de uniformizar o entendimento da matéria.
- **PONTO DE DESTAQUE:** No referido RE 714.139/SC, a Procuradoria-Geral da República, quando instada a se manifestar, apresentou parecer favorável aos contribuintes, apontando a inconstitucionalidade da lei estadual sob reproche. Dentre os argumentos suscitados, a PGR destacou que “uma vez feita a opção do legislador estadual pelo princípio da seletividade, passará, por lógica, a ser obrigatória a utilização do critério de comparação em virtude da essencialidade dos bens e serviços. Os mais essenciais deverão ser submetidos a alíquotas menores do que as destinadas aos supérfluos. As alíquotas devem ser inversamente proporcionais à essencialidade, para impedir que sua definição seja permeada de subjetivismo.

- **DESCRIÇÃO:** Discussão quanto à possibilidade ou não de incidência do ICMS sobre a demanda contratada.
- **POSIÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA:** Deve incidir o ICMS, pois a demanda se inclui no valor da operação de fornecimento de energia elétrica, vez que é imprescindível para o consumo. A incidência do ICMS ocorre pelo só fato de existir a contratação.
- **POSIÇÃO DOS CONTRIBUÍNTES:** A contratação da “Demanda Reservada” tem por objeto a disponibilização de infraestrutura física de acesso aos sistemas da concessionária. Objetos distintos / Remuneração distinta: consumo de energia elétrica x disponibilização da infraestrutura. Defendem que nesta última não há circulação de energia, de modo que não deve incidir ICMS.
- **POSIÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS:** São parte ilegítima para figurar no pólo passivo das demandas judiciais propostas pelos contribuintes e não podem ser autuadas pelo Fisco em relação aos montantes não recolhidos com base em liminar do contribuinte

- **STATUS DA JURISPRUDÊNCIA:** No STJ, o tema já foi decidido em favor dos contribuintes na sistemática de recursos repetitivos (REsp nº 960.476-SC); No STF, foi reconhecida a repercussão geral do tema (RE 593.824), que ainda se encontra pendente de julgamento.

STJ - REsp nº 960.476-SC: " A simples disponibilização da potência elétrica no ponto de entrega, ainda que gere custos com investimentos e prestação de serviços para a concessionária, pode constituir – efetivamente constitui – fato gerador da tarifa do serviço público de energia, mas certamente não constitui fato gerador do ICMS, que tem como pressuposto indispensável a efetiva geração de energia, sem a qual não há circulação. Ora, é fenômeno da realidade física, já se disse, que não há geração de energia elétrica sem que haja consumo".

ICMS SOBRE SUBVENÇÕES DO SETOR ELÉTRICO

- **DESCRIÇÃO:** Discussão quanto à possibilidade ou não de incidência do ICMS sobre subvenções do setor elétrico custeadas pela Conta de Desenvolvimento Energético – CDE, nos termos da Lei nº 10438/2002 (tarifa social; gerador e consumidor de fonte incentivada; atividade de irrigação e aquicultura em horário especial; serviço público de água, esgoto e saneamento; classe rural; subclasse cooperativa de eletrificação rural e subclasse de serviço público de irrigação).
 - **STATUS DA JURISPRUDÊNCIA:** No STJ, a matéria foi decidida no sentido de haver a incidência do ICMS sobre as aludidas subvenções; No STF, a matéria ainda se encontra pendente de julgamento na ADI 5101 proposta pelo Partido Progressista – PP contra o Decreto nº 39.459/2013 do Estado de Pernambuco. Há pareceres do AGU e do MPF no sentido de que a tributação desvirtua a finalidade das subvenções, de modo que não deveria haver a incidência do ICMS.
- STJ – REsp nº 1.286.705/SP – 2016:** “É legítima a inclusão da subvenção econômica na base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica. O imposto estadual incide sobre o valor total da operação, segundo os arts. 12, XII, e 13, VII e § 1º, da Lei Complementar n. 87/96. A cobrança incide sobre o valor total, incluindo o da subvenção, porquanto este integra o preço final da tarifa de energia elétrica”.

ICMS SOBRE SUBVENÇÕES DO SETOR ELÉTRICO

➤ STATUS DA JURISPRUDÊNCIA (continuação):

STF – ADI 5101 (ainda pendente de julgamento):

Em parecer, a AGU se manifestou no sentido de que o Decreto 39.459/2013, ao impor que o ICMS alcance também o montante de subvenção econômica recebida em decorrência da concessão de descontos incidentes sobre a tarifa de energia elétrica aos consumidores especificados no art. 1º do Decreto federal 7.891/2013, desvirtua o escopo inserido no ordenamento jurídico pelas Leis 12.783/2013 e 12.789/2013, que alteraram a Lei 10.438/2002, concernente à modicidade das tarifas de energia elétrica.

Em parecer, o MPF se manifestou no sentido de que admitir que subvenções outorgadas com escopo de compensar distribuidoras de energia elétrica por descontos legalmente concedidos a determinados grupos de usuários significaria desnaturação do próprio ICMS sobre energia elétrica e rompimento com a teleologia do programa do Governo Federal que visa a beneficiar esses usuários.

ISSQN: NÃO INCIDÊNCIA SOBRE AS ATIVIDADES-MEIO.

- **DESCRIÇÃO:** Embate quanto à incidência do ISSQN (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza) nas atividades-meio das Concessionárias, relacionadas à distribuição de energia elétrica, como ligação de unidade consumidora, vitória, religação, aferição de medidor, reaviso de vencimento da conta, e outros.
- **POSIÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA:** Deve incidir o ISSQN porque restaria configurada a prestação de serviço enquanto fato gerador do imposto mencionado.
- **POSIÇÃO DO CONTRIBUINTE:** Não pode ser cobrado ISSQN sobre as atividades-meio das concessionárias, pois:
 - a) Inexistente a prestação de serviço autônomo, consistindo em atividades inerentes às Concessionárias para a prestação do serviço típico da concessão: distribuição de energia elétrica, tributada pelo ICMS;
 - b) Os referidos serviços não constam na lista anexa à Lei Complementar nº. 116/2003, que é taxativa e não admite interpretação analógica;

ISSQN: NÃO INCIDÊNCIA SOBRE AS ATIVIDADES-MEIO.

- **STATUS DA JURISPRUDÊNCIA:** O STJ e alguns Tribunais possuem entendimento firme no sentido de não ser incidente o ISSQN nas atividades-meio das concessionárias de telefonia, com alguns precedentes tratando especificamente do setor elétrico, conforme abaixo exemplificado:
- a) "Este Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento no sentido de que os serviços de atividade-meio indispensáveis ao alcance da atividade-fim, prestados pelas companhias telefônicas, não são passíveis da incidência do ISS." (STJ – AgRg REsp 1.331.306/AM, Primeira Turma, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 06/09/13);
 - b) “O aresto proferido pelo Tribunal de origem está em sintonia com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual: "No caso de serviços de telecomunicações, as atividades-meio não sofrem incidência de ISS". (STJ – AgRg nos Edcl no AREsp 48.665/PR, Segunda Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 16/02/2012);
 - c) “Essas atividades são, de forma inequívoca, prestadas a fim de viabilizar a prestação do serviço público de fornecimento de energia elétrica pela concessionária. Não se trata de serviços autônomos com conteúdo econômico próprio, mas de atividade-meio da prestação de serviço público de fornecimento de energia elétrica. Não podem, portanto, ser desvinculados da prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica para fins de incidência do ISS, sob pena de violação ao disposto no §3º do artigo 155 da Constituição da República”. (TJRS. AC nº. 70016409526. Des. Rel. Maria Isabel Azevedo Souza, julg. 21/09/2006)

ISSQN: INCIDÊNCIA SOBRE AS ATIVIDADES-MEIO.

➤ STATUS DA JURISPRUDÊNCIA (continuação): (...)

d) Os serviços apontados nos autos de infração foram vistoria das instalações, ligação e religação de unidades consumidoras, aferição de medidores, reaviso de vencimento de conta, emissão de 2ª via de conta de energia elétrica, entrega de conta, remoção de postes, verificação de nível de tensão, arrendamento de bens imóveis, aluguel de equipamentos e rendas de títulos a receber. Ressalte-se que alguns desses serviços são enumerados pela resolução ANEEL nº 456/2000, em que são considerados "compulsórios" a concessionária quando solicitado pelo consumidor. Dessa forma, observa-se que tais serviços são inerentes a atividade desenvolvida pela CELPE, de modo que abrangidos pela imunidade tributária do art. 155, §3º da CR/1988.". (TJPE. AC nº. 0260146-3 e 0260095-1. Segunda Câmara de Direito Público. Relator: Des. José Ivo de Paula Guimarães. Julg. 16/05/2013);

➤ **PONTOS DE DESTAQUE:** Em 2017, foi proferida decisão monocrática da lavra do **Min. Sérgio Kukina** indicando a incidência do ISSQN sobre os serviços de construção e manutenção de rede de energia elétrica terceirizados (AREsp nº. 1.010.124, 20/09/2017). Contrariamente, o **Min. Napoleão Nunes Maia**, em decisão que inadmitiu Recurso Especial interposto pelo Município de Porto Alegre, adiantou o "entendimento consolidado do que as empresas que prestam serviços de manutenção e instalação de redes de energia elétrica para as concessionárias de serviço público não estão sujeitas ao pagamento de ISS, apenas de ICMS" (REsp 1.536.784-RS, 08/08/2017).

ITCMD: NÃO INCIDÊNCIA NA TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS DE REDE.

- **DESCRIÇÃO:** Embate quanto à incidência do ITCMD (Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação) nas operações cognominadas de “doação de rede elétrica” e sobre as transferências de valores feitas às Concessionárias a título de participação financeira do consumidor.
- **POSIÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA:** Deve incidir o ITCMD porque restaria configurada a doação de bens particulares dos consumidores às concessionárias, nos termos do art. 35 CTN.
- **POSIÇÃO DO CONTRIBUINTE:** Não pode ser cobrado ITCMD das concessionárias, pois:
 - a) Inexistente a liberalidade do doador (*animus donandi*), por aplicação do art. 110 do CTN c/c art. 538 do Código Civil, implicando na ausência de relação jurídico-tributária de cunho obrigacional;
 - b) Sucessivamente, em razão da reversibilidade dos bens à União, vez que o ativo transferido não compõe o patrimônio da concessionária;

ITCMD: NÃO INCIDÊNCIA NA TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS DE REDE

- **STATUS DA JURISPRUDÊNCIA:** O STJ possui entendimento pacificado em favor das concessionárias, conforme abaixo exemplificado:
 - a) "Não há configuração de doação no ato que incorpora ao ativo imobilizado das empresas concessionárias de energia elétrica, por força de lei, as linhas de distribuição que foram constituídas com ônus para os consumidores rurais." (STJ - REsp 791.334/MG, Primeira Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJe 29/05/06);
 - b) "Não há configurado o elemento subjetivo da doação, isto é, a vontade livre de doar os bens à concessionária. O que existe é uma determinação legal obrigando essa incorporação pelo fato de ser inviável ao consumidor continuar como proprietário das linhas, quando estas são destinadas a conduzir a energia elétrica fornecida pela concessionária. (STJ - REsp 754.717/MG, Primeira Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJe 22/06/06)
- **PONTOS DE DESTAQUE:** Em reconhecimento à procedência da tese sustentada pelos contribuintes e recepcionada pelo STJ, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia emitiu parecer jurídico (Processo PGE/2015194051-0) reconhecendo a não incidência do ITCMD nos casos sob discussão. Na ocasião, sustentou a PGE-BA: "Neste aspecto, não há como se dizer que o ato de transmissão de bens se trata duma doação, por inexistir o *animus donandi* inserto no conceito de liberalidade. (...) Desta maneira, resta inquestionável que o ITCMD não incide sobre as supostas doações exigidas no presente lançamento".

OBRIGADO!

CONTATOS:

MANZI, BATISTA, FAZIO E MILET ADVOGADOS

www.manzi.adv.br

advogados@manzi.adv.br

(81) 2101-0500

LUCAS BATISTA

lucas@manzi.adv.br

(81) 9 9993-9203