

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO II

JONATHAN BARROS VITA

ANTÔNIO CARLOS DINIZ MURTA

PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito tributário e financeiro II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Jonathan Barros Vita; Antônio Carlos Diniz Murta; Paulo Roberto Lyrio Pimenta – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-606-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO II

Apresentação

Discutir e refletir o direito tributário sempre será uma tarefa árdua e incessante. Percebe-se, sobretudo, em momento de crise econômica com concomitante crise fiscal - revelando uma efetiva crise estrutural do Estado brasileiro - a responsabilidade de todos nós que pensamos o tributo e seu papel o que de fato podemos contribuir na busca de um sistema mais transparente, inteligível e justo. Quando nos deparamos, neste encontro do CONPEDI, em terras baianas, berço de nossa história, que nos fascinam e nos inspiram por sua beleza e alegria, com os trabalhos que foram apresentados neste Grupo de Trabalho, elaborado por mentes jovens, ainda enriquecidas e revoltas com a esperança e o destemor de propor soluções ou alternativas numa seara onde se imagina que tudo já foi escrito, pensado e apresentado, regozija-nos aferir que ainda temos um grupo de pesquisadores do tributo que denotam objetividade e pragmatismo em sua pesquisa científica.

Deparamo-nos com as mais diversas perspectivas na matéria, abrangendo não apenas os tributos em espécie, o sistema tributário constitucional, a sujeição passiva tendo como referencial teórico princípios angulares e estruturantes como o da igualdade, capacidade contributiva e progressividade, sem olvidar as bases do direito financeiro e o direito processual tributário.

Num contexto econômico complicado, inserido num quadro político instável e circundados de propostas de reformas tributárias de variados matizes, nos foi permitido discorrer sobre o tema, com uma visão realista; porém, como não poderia faltar a nós brasileiros, independente de sermos pesquisadores, imbuídos num espírito de otimismo para nosso futuro.

O desafio está posto. Como contribuir para nosso país no que nos é possível agir. Os trabalhos propostos perseguem este escopo; e, temos certeza, nos alertam e nos ensinam pelo parte do que poderia ser uma relação mais justa e equilibrada entre a sociedade civil e a administração pública já que são partes indissociáveis do que chamamos Brasil.

Boa Leitura

Jonathan Barros Vita Universidade de Marília

Antônio Carlos Diniz Murta Universidade FUMEC

Paulo Roberto Lyrio Pimenta Universidade Federal da Bahia

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO QUE CRIOU A “SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA LATERAL” NO ICMS INCIDENTE SOBRE ENERGIA ELÉTRICA NO ESTADO DE SÃO PAULO

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE DECREE THAT CREATED THE "SIDE SUBSTITUTION TAX" IN THE INCIDENT ICMS ON ELECTRICITY IN THE STATE OF SÃO PAULO

Renata Gomes de Albuquerque Sá ¹
Alexandre de Albuquerque Sá ²

Resumo

O presente artigo visa analisar a nova hipótese de substituição tributária do ICMS incidente sobre o setor de energia elétrica criada pelo decreto editado pelo Estado de São Paulo. Ao longo deste estudo, pretende-se demonstrar a inconstitucionalidade do referido instrumento, que não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, bem como desrespeita diversos princípios constitucionais que orientam o Sistema Tributário Brasileiro.

Palavras-chave: Icms, Energia, Substituição, Tributária, Inconstitucionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the new hypothesis of tax substitution of ICMS levied on the electric energy sector created by the decree published by the State of São Paulo. Throughout this study, we intend to demonstrate the unconstitutionality of this instrument, which does not find support in the legal system of the country, as well as disrespects several constitutional principles that guide the Brazilian Tax System.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Icms, Energy, Substitution, Tax, Inconstitutionality

¹ Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra

² Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro

1 INTRODUÇÃO

O Setor Elétrico no Brasil vem sofrendo diversas modificações pelo Governo Federal, no intuito de adequá-lo à tendência mundial de ampliação do acesso da população à energia elétrica, criando novas possibilidades para a sua comercialização e distribuição, as quais saíram do regime de exclusividade.

Para que isso fosse possível, houve a necessidade da distinção e dissociação das diversas atividades concernentes à energia elétrica, as quais sejam, a geração, a transmissão, a distribuição e a comercialização. Deste modo, a transmissão e a distribuição, por utilizarem as redes públicas e se destinarem à toda a coletividade, continuaram a serem caracterizadas como serviços públicos, ao passo que a geração e a comercialização da energia passaram a ser consideradas exploração de atividade particular.

Registre-se que nas operações de comercialização de energia elétrica incidirá o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços, a ser cobrado em consonância com a Constituição da República, das previsões constantes na Lei Complementar nº 87 e da legislação de cada unidade da federação.

Todavia, o Governador do Estado de São Paulo, na contramão da tendência da nova regulação do setor de energia elétrica, editou o Decreto nº 54.177 de 2009, que criou uma nova hipótese de substituição tributária, relativa à comercialização de energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre, atribuindo ao agente de distribuição a responsabilidade pelo recolhimento do tributo, ao arpejo da Constituição Federal e da legislação tributária.

Desta feita, o presente trabalho teórico visa, sob o ponto de vista do ordenamento positivo, da doutrina e da jurisprudência, demonstrar a inconstitucionalidade do referido Decreto Paulista que criou a substituição tributária lateral, a qual não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, bem como desrespeita diversos princípios constitucionais que orientam o Sistema Tributário Nacional.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

2.1 Atividades e agentes do setor elétrico

O setor elétrico é composto por três atividades básicas, a geração, a transmissão e a distribuição de energia elétrica. A atividade de geração se caracteriza pela produção de

energia elétrica, a partir de usinas de diferentes fontes primárias de energia, tais como a hidrelétrica, a termelétrica e a nuclear, por exemplo.

A transmissão, ou transporte, consiste no envio da energia elétrica através de linhas ou condutores físicos de alta tensão, das centrais geradoras até as subestações de transformação que reduzem a voltagem da corrente elétrica, passando por todas as localidades intermediárias. A distribuição, a seu turno, é a atividade de condução do fluido em tensão reduzida, desde as subestações transformadoras até os lugares de consumo (ÁLVARES, 1978, p. 22-23).

Note-se que ambas as atividades são desenvolvidas com a utilização de suportes materiais (que podem ser linhas de transmissão e de distribuição, subestações, transformadores, instalações de conexão, etc.), através dos quais o fluxo de energia é conduzido da central de geração até a unidade de consumo. O conjunto desses bens materiais constitui um sistema, que pode ser de transmissão ou de distribuição.

Ressalte-se que tais sistemas não podem ser duplicados, diante da inviabilidade econômica e ambiental. Por consequência, tais suportes se caracterizam como infraestrutura essencial, cujo acesso e utilização são condições indispensáveis para que a energia seja destinada ao consumo, de modo a determinar a formação do monopólio natural detido pelos agentes proprietários de tais sistemas.

Salienta-se, outrossim, a existência de uma quarta atividade afeta ao setor elétrico, que é a comercialização, a qual não pressupõe que o agente esteja dotado do suporte material anteriormente mencionado para o seu exercício, que é a revenda da energia elétrica.

Ademais, importante mencionar que a transmissão e a distribuição, por utilizarem os sistemas e redes públicas e envolverem os usuários em geral, isto é, toda a coletividade, são serviços públicos, podendo ser objeto de delegação a terceiros, ao passo que a geração e a comercialização podem ser caracterizadas como atividades econômicas tornando possível, portanto, seu exercício direto por particulares (CARNEIRO, 2010, p. 70).

Impende registrar que o modo de exercício das atividades acima referidas delimita o perfil de atuação das quatro principais categorias de agentes do setor elétrico brasileiro. Os agentes de geração são aqueles que produzem energia elétrica para comercialização e/ou destinação a seu uso exclusivo, também denominados de autoprodutores.

Os agentes de transmissão são os que transportam energia elétrica em alta tensão. Os agentes de distribuição são os titulares de concessão ou permissão para distribuição de energia elétrica a consumidor final ou a Unidade Suprida, exclusivamente de forma regulada. Por fim,

os agentes comercializadores compram energia elétrica para revenda, atuando sem deter suportes materiais.

No que se refere ao agente de distribuição, importante destacar que eles possuem a estrutura essencial, isto é, o sistema de distribuição de energia elétrica, atuando não apenas nas atividades de transporte (como se dá em relação aos agentes de transmissão), podendo também exercer a atividade de comercialização da energia elétrica.

2.2 A reforma do setor elétrico brasileiro

Nos últimos anos, o Setor Elétrico Brasileiro passou por um período de transformação regulatória. Ele era regido basicamente pelo Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, o qual determinava que as atividades concernentes à geração, distribuição e comercialização de energia elétrica eram exercidas de forma concentrada e os consumidores, via de regra, não tinham a opção de contratar o fornecimento de energia com agente diverso do responsável pela distribuição local.

A partir do ano de 1993 teve início uma reforma no intuito de estimular a competição no setor, com a obrigatoriedade da desverticalização das atividades de geração, transmissão e comercialização, de modo que o setor privado passou a participar de tais atividades, mediante concessões, permissões e autorizações outorgadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), autarquia federal responsável pela regulamentação e fiscalização do setor elétrico (CARNEIRO, 2010, p. 69).

Inicialmente, foi promulgada a Lei nº 8.631, de 4 de março 1993, que extinguiu a equalização tarifária vigente, bem como criou os contratos de suprimento entre geradores e distribuidores. Outro marco regulatório foi a promulgação da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, que passou a regular as concessões específicas sobre energia elétrica e, dentre outras disposições, conferiu a determinados consumidores a prerrogativa de escolher seu fornecedor de energia, criando a categoria dos consumidores livres e do produtor independente de energia.

Conforme dados da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, em 1996 foi implantado o Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro (Projeto RE-SEB), coordenado pelo Ministério de Minas e Energia, o qual concluiu pela necessidade de segmentar as atividades das empresas de energia elétrica, incentivar a competição entre os

setores de geração e comercialização, bem como manter a regulação do Estado sobre as atividades de geração e distribuição.

Como resultado desse projeto, foi criada a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) através da Lei nº 9.427 de 26 de dezembro 1996, para gerir a exploração dos serviços de energia elétrica.

No período entre 2003 e 2004, o Governo Federal editou as Leis nº 10.847 e 10.848, de 15 de março de 2004 e o Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, a fim de firmar um novo modelo para o Setor Elétrico Brasileiro, com a criação de uma instituição responsável pelo planejamento do setor elétrico a longo prazo, a Empresa de Pesquisa Energética (EPE).

Foram ainda criados o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE), com a função de avaliar permanentemente a segurança do suprimento de energia elétrica e a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), uma instituição para dar continuidade às atividades relativas à comercialização de energia elétrica no sistema interligado.

2.3 As categorias de consumidores no setor elétrico

Dentre as inovações trazidas pela Lei nº 9.074/1995, insta mencionar seus artigos 15¹ e 16², que relativizaram o monopólio dos agentes de distribuição da energia elétrica, pois

¹ Art. 15. Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica.

§ 1º Decorridos três anos da publicação desta Lei, os consumidores referidos neste artigo poderão estender sua opção de compra a qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica do sistema interligado.

§ 2º Decorridos cinco anos da publicação desta Lei, os consumidores com carga igual ou superior a 3.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, poderão optar pela compra de energia elétrica a qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica do mesmo sistema interligado.

§ 2º-A A partir de 1º de janeiro de 2019, os consumidores que, em 7 de julho de 1995, consumirem carga igual ou superior a 3.000 kW (três mil quilowatts) e forem atendidos em tensão inferior a 69 kV poderão optar pela compra de energia elétrica a qualquer concessionário, permissionário ou autorizatário de energia elétrica do sistema.

§ 3º Após oito anos da publicação desta Lei, o poder concedente poderá diminuir os limites de carga e tensão estabelecidos neste e no art. 16.

§ 4º Os consumidores que não tiverem cláusulas de tempo determinado em seus contratos de fornecimento só poderão exercer a opção de que trata este artigo de acordo com prazos, formas e condições fixados em regulamentação específica, sendo que nenhum prazo poderá exceder a 36 (trinta e seis) meses, contado a partir da data de manifestação formal à concessionária, à permissionária ou à autorizada de distribuição que os atenda.

§ 5º O exercício da opção pelo consumidor não poderá resultar em aumento tarifário para os consumidores remanescentes da concessionária de serviços públicos de energia elétrica que haja perdido mercado.

§ 6º É assegurado aos fornecedores e respectivos consumidores livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente.

trouxeram ao ordenamento uma nova categoria de consumidores, que podem optar por contratar o fornecimento de energia elétrica, no todo ou em parte, com qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica no mesmo sistema interligado, os denominados “consumidores livres”.

Saliente-se que, com o fim da exclusividade no fornecimento de energia elétrica, surgiu a necessidade de se disciplinar o acesso aos sistemas de transmissão e distribuição, ao passo que, sem o acesso à tal infraestrutura, opção de se adquirir livremente a energia seria inviabilizada na prática.

Por tal razão, o § 6º do mencionado artigo 15 da nova lei assegura expressamente aos fornecedores e aos seus respectivos consumidores livres o livre acesso ao sistema de transmissão e distribuição do concessionário do serviço público local, mediante remuneração dos custos de transporte.

No mesmo sentido, a ANEEL editou a Resolução nº 281/1999, através da qual regulamentou o acesso aos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica, que ficou conhecida como a resolução do “livre acesso”. A liberdade de acesso também está no Decreto nº 2.655/1998 que, dentre outras providências, define as regras de organização do Operador Nacional do Sistema Elétrico, especialmente ante ao disposto em seu artigo 7º³.

Aduz-se, ainda, que as disposições contidas na Lei nº 9.074/1995 tiveram como consequência a divisão dos consumidores do setor elétrico em três grandes categorias. A

§ 7º O consumidor que exercer a opção prevista neste artigo e no art. 16 desta Lei deverá garantir o atendimento à totalidade de sua carga, mediante contratação, com um ou mais fornecedores, sujeito a penalidade pelo descumprimento dessa obrigação, observado o disposto no art. 3o, inciso X, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

§ 8º Os consumidores que exercerem a opção prevista neste artigo e no art. 16 desta Lei poderão retornar à condição de consumidor atendido mediante tarifa regulada, garantida a continuidade da prestação dos serviços, nos termos da lei e da regulamentação, desde que informem à concessionária, à permissionária ou à autorizada de distribuição local, com antecedência mínima de 5 (cinco) anos.

§ 9º Os prazos definidos nos §§ 4º e 8º deste artigo poderão ser reduzidos, a critério da concessionária, da permissionária ou da autorizada de distribuição local.

§ 10 Até 31 de dezembro de 2009, respeitados os contratos vigentes, será facultada aos consumidores que pretendam utilizar, em suas unidades industriais, energia elétrica produzida por geração própria, em regime de autoprodução ou produção independente, a redução da demanda e da energia contratadas ou a substituição dos contratos de fornecimento por contratos de uso dos sistemas elétricos, mediante notificação à concessionária de distribuição ou geração, com antecedência mínima de 180 (cento e oitenta) dias.

² Art. 16. É de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica.

³ Art 7º. A ANEEL estabelecerá as condições gerais do acesso aos sistemas de transmissão e de distribuição, compreendendo o uso e a conexão, e regulará as tarifas correspondentes, com vistas a:

I - assegurar tratamento não discriminatório a todos os usuários dos sistemas de transmissão e de distribuição, ressalvado o disposto no § 1º do art. 26 da Lei nº 9.427, de 1996, com a redação dada pelo art. 4º da Lei nº 9.648, de 1998;

II - assegurar a cobertura de custos compatíveis com custos-padrão;

III - estimular novos investimentos na expansão dos sistemas;

IV - induzir a utilização racional dos sistemas;

V- minimizar os custos de ampliação ou utilização dos sistemas elétricos.

primeira seria a dos consumidores livres que, na forma do artigo 1º, § 2º, inciso X, do Decreto nº 5.163/2004, aqueles que exerceram a prerrogativa de contratar o fornecimento de energia elétrica com agente diverso da distribuidora local.

A segunda seria a dos consumidores potencialmente livres, previsto no inciso XI do mesmo dispositivo, os quais, não obstante detenham a mesma prerrogativa de contratar dos consumidores livres, ainda não a exerceram; finalmente, a terceira categoria seria a dos consumidores cativos, que não possuem a opção de contratação do fornecimento da energia com agente diferente do distribuidor da localidade onde se situam.

Ressalte-se que, posteriormente, o art. 26, § 5º da Lei nº 9.427/1996⁴ trouxe uma nova categoria de consumidores, a dos consumidores especiais, que poderiam contratar seu fornecimento de energia junto à agentes que comercializem energia elétrica de fontes incentivadas.

2.4 A classificação dos ambientes de comercialização da energia elétrica

Cumprindo ainda trazer à baila a outra consequência advinda da reforma do setor elétrico brasileiro, que é a divisão em dois ambientes de comercialização de energia, em torno das diferentes categorias de consumidores: o Ambiente de Contratação Regulada (ACR), e o Ambiente de Contratação Livre (ACL), definidos pelo art. 1º, § 2º do Decreto nº 5.163/2004⁵.

No ambiente de contratação regulada, os agentes de distribuição adquirem, junto aos agentes de geração, a energia elétrica que de necessitam, mediante procedimento licitatório disciplinado na Lei nº 10.848/2004 e no Decreto nº 5.163/2004, para atender ao seu mercado,

⁴ Art. 26. [...]

§ 5º Os aproveitamentos referidos nos incisos I e VI do caput deste artigo, os empreendimentos com potência igual ou inferior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts) e aqueles com base em fontes solar, eólica e biomassa cuja potência injetada nos sistemas de transmissão ou distribuição seja menor ou igual a 50.000 kW (cinquenta mil quilowatts) poderão comercializar energia elétrica com consumidor ou conjunto de consumidores reunidos por comunhão de interesses de fato ou de direito, cuja carga seja maior ou igual a 500 kW (quinhentos quilowatts), observados os prazos de carência constantes do art. 15 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, conforme regulamentação da Aneel, podendo o fornecimento ser complementado por empreendimentos de geração associados às fontes aqui referidas, visando à garantia de suas disponibilidades energéticas, mas limitado a 49% (quarenta e nove por cento) da energia média que produzirem, sem prejuízo do previsto nos §§ 1º e 2º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.360, de 2016)

⁵ Art. 1º. [...]

§ 2º. Para fins de comercialização de energia elétrica, entende-se como:

I - Ambiente de Contratação Regulada - ACR o segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica entre agentes vendedores e agentes de distribuição, precedidas de licitação, ressalvados os casos previstos em lei, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos;
II - Ambiente de Contratação Livre - ACL o segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica, objeto de contratos bilaterais livremente negociados, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos.

formado pelos consumidores cativos e consumidores potencialmente livres, aos quais é fornecida a energia. Em contraprestação pela energia fornecida pelas distribuidoras, os consumidores cativos e os consumidores potencialmente livres pagam a tarifa de fornecimento fixada pela ANEEL.

Já o ambiente de contratação livre é marcado pela livre negociação da compra e venda de energia elétrica, eis que os consumidores livres e especiais pagam valores livremente negociados com o agente gerador, comercializador ou importador do qual adquirem a energia, na forma do art. 1º, §3º, da Lei nº 10.848/2004, combinado com o art. 10 da Lei nº 9.648/1998.

A principal diferença entre os dois ambientes é que no segundo, não há procedimento licitatório, mas sim livre pactuação de preços, com base nos princípios constitucionais da livre concorrência e livre iniciativa, de modo que a competitividade garanta preços módicos ao consumidor.

Entretanto, é imperioso destacar que, não obstante a migração do consumidor do mercado regulado para o ambiente de contratação livre, isto é, ainda que ele deixe de contratar o fornecimento de energia com a distribuidora local, ainda será necessária a utilização do mesmo sistema de distribuição, da rede da distribuidora local, através da qual a energia será transportada ao seu ponto de consumo.

Note-se, então, que tal circunstância revela a concomitância de duas diferentes formas de prestação do serviço de distribuição de energia elétrica: aos consumidores cativos e potencialmente livres, visto que a distribuidora local fornece e distribui a energia por eles consumida.

Contudo, no que se refere aos consumidores livres e especiais, que optaram por contratar a energia com agente diverso da distribuidora local, é prestado por esta o serviço de distribuição de energia elétrica em sentido estrito, na forma do art. 15, § 6º, da Lei nº 9.074/1995, que garante o livre acesso destes consumidores à infraestrutura necessária para o transporte da energia elétrica.

Ademais, a Resolução nº 281/1999 da ANEEL regulamenta a questão, prevendo as figuras dos “Contratos de Uso dos Sistemas de Transmissão e os de Distribuição”, a serem firmados entre as concessionárias que detém o monopólio da infraestrutura de transmissão e distribuição da energia elétrica.

Portanto, é notório que os consumidores livres e especiais somente utilizam o sistema dos agentes de transmissão e distribuição de energia elétrica como instrumento para

receberem o montante de energia correspondente ao adquirido de um terceiro agente, no ambiente de contratação livre.

Finalmente, cumpre asseverar que tal sistemática é a única sistemática possível para se viabilizar o ambiente de contratação livre, diante do monopólio natural dos sistemas de distribuição e transmissão de energia elétrica das concessionárias, já amplamente mencionado no presente estudo, somado à impossibilidade de armazenamento da energia elétrica, característica que a torna mercadoria singular, distinta de qualquer outra.

3 A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA LATERAL NO ESTADO DE SÃO PAULO

3.1 Breves considerações sobre a incidência do ICMS no Setor Elétrico

O Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) está disciplinado no art. 155, II e § 2º, da Constituição da República⁶. Note-se que, não obstante tratar-se de imposto estadual, a Carta Maior determinou a exigência de lei complementar para tratar de diversas matérias afetas ao imposto, em especial a sua base de cálculo. Contudo, até a promulgação da

⁶ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...]

II - 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) [

...]

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

XII - cabe à lei complementar:

- a) definir seus contribuintes;
- b) dispor sobre substituição tributária;
- c) disciplinar o regime de compensação do imposto;
- d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços;
- e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, "a"
- f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias;
- g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.
- h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b;
- i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço.

lei ora citada, a matéria era regulada pelo art. 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.⁷

Analisando-se o referido dispositivo do ADCT, resta claro que a incidência do ICMS se verificava na distribuição de energia elétrica e não em qualquer outra atividade ligada à mesma, como entende Daniel Araujo Carneiro (2010, p. 87).

Em 13 de setembro de 1996 entrou em vigor a Lei Complementar nº 87, denominada Lei Kandir, que passou a disciplinar a matéria.

No que se refere à hipótese de incidência do tributo, a lei assim determina, em seu art. 2º, que ele incidirá sobre a circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte. Destarte, seu § 1º do art. 2º e o art. 3º⁹ afirmam que o imposto não incide sobre operações interestaduais relativas à energia elétrica, desde que destinadas à industrialização e comercialização.

No que tange à responsabilidade pelo pagamento do tributo, o art. 6º da Lei afirma que a lei do Estado respectivo poderá atribuir ao contribuinte e ao depositário a qualquer título a responsabilidade pelo pagamento do imposto, assumindo este a condição de substituto tributário.

Assevera-se que o art. 8º¹⁰ define a base de cálculo para os casos de substituição e o art. 9º, § 1º, II¹¹, da Lei Kandir traz a hipótese de substituição tributária específica das

⁷ Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.

[...]

§ 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 a 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.

⁸ Art. 2º. O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

§ 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.

⁹ Art. 3º. O imposto não incide sobre:

[...]

III - operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização;

¹⁰ Art. 8º. A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

operadoras de energia elétrica, a qual dependerá de acordo celebrado pelos Estados interessados.

3.2 A hipótese de “substituição lateral” criada pelo Decreto nº 54.177/09 do Estado de São Paulo

O Decreto nº 54.177, publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo em 1º de abril de 2009, em seu art. 1º¹², modificou a redação de alguns artigos do Regulamento do

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

§ 1º. Na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações antecedentes, o imposto devido pelas referidas operações ou prestações será pago pelo responsável, quando:

I - da entrada ou recebimento da mercadoria, do bem ou do serviço;

II - da saída subseqüente por ele promovida, ainda que isenta ou não tributada;

III - ocorrer qualquer saída ou evento que impossibilite a ocorrência do fato determinante do pagamento do imposto.

¹¹ Art. 9º. A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

§ 1º. A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:

[...]

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

¹² Artigo 1º - Passam a vigorar com a redação que se segue os dispositivos adiante indicados do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - RICMS, aprovado pelo Decreto 45.490, de 30 de novembro de 2000:

I - o inciso IX do artigo 478:

"IX - Operações com Energia Elétrica - Anexo XVIII;"

II - o Capítulo VII do Livro II do Título II, composto pelos artigos 425 a 426:

CAPÍTULO VII - DAS OPERAÇÕES COM ENERGIA ELÉTRICA

Artigo 425. A responsabilidade pelo lançamento e pagamento do imposto incidente nas sucessivas operações internas com energia elétrica, desde a sua importação ou produção, fica atribuída (Lei Complementar federal 87/96, art. 9º, § 1º, II, e Lei 6.374/89, art. 8º, VI, na redação da Lei 10.619/00, art. 1º, IV):

I - a empresa distribuidora, responsável pela operação de rede de distribuição no Estado de São Paulo, que praticar operação relativa à circulação de energia elétrica, objeto de saída por ela promovida, destinando-a diretamente a estabelecimento ou domicílio situado no território paulista para nele ser consumida pelo respectivo destinatário, quando este, na condição de consumidor, estiver conectado a linha de distribuição ou de transmissão, integrante da rede por ela operada, em razão da execução de:

a) contrato de fornecimento de energia elétrica, com ela firmado sob o regime da concessão ou da permissão da qual é titular;

b) contratos de conexão e de uso da respectiva rede de distribuição, com ela firmados para fins do consumo da energia elétrica adquirida pelo destinatário por meio de contratos de comercialização por ele avençados, ainda que com terceiros, situados neste ou em outro Estado, em ambiente de contratação livre;

Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - RICMS, aprovado pelo Decreto nº 45.490, de 30 de novembro de 2000.

A alteração promovida pelo referido Decreto atribuiu aos agentes de distribuição de energia a responsabilidade pelo lançamento e pagamento do ICMS incidente sobre as operações de compra e venda de energia elétrica realizadas no ambiente de contratação livre, como se observa através da nova redação do inciso I, alínea “b”, do art. 425 do RICMS.

Ademais, a nova redação do § 2º do artigo citado estabelece que o consumidor que adquire energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre, deverá prestar à Secretaria de Fazenda declaração do valor devido, cobrado ou pago pela energia, para fins de apuração da base de cálculo do imposto.

A sistemática trazida pelo Decreto do Estado de São Paulo foi reforçada pela edição da Portaria CAT-97, de 27 de maio de 2009, a qual disciplina as obrigações referentes às operações relativas à circulação de energia elétrica adquirida no Ambiente de Contratação Livre.

c) qualquer outro tipo de contrato, com ela firmado para fins de entrega de energia elétrica para o consumo do destinatário;

II - ao destinatário que, estando conectado diretamente à rede básica de transmissão na condição de consumidor, promover a entrada de energia elétrica no seu estabelecimento ou domicílio, situado no território paulista, para nele consumi-la em razão da execução de contrato de comercialização de energia elétrica firmado em ambiente de contratação livre.

§ 1º. A base de cálculo do imposto será o valor da operação, nele incluídos:

1 - nas hipóteses das alíneas a e c do inciso I, a soma de todos os valores e encargos inerentes ao consumo da energia elétrica, ainda que devidos a terceiros.

2 - nas hipóteses da alínea b do inciso I e do inciso II, o valor devido, cobrado ou pago pela energia elétrica, os valores e encargos cobrados pelas empresas responsáveis pela operação da rede de distribuição ou de transmissão à qual estiver conectado o destinatário, e quaisquer outros valores e encargos inerentes ao consumo da energia elétrica, ainda que devidos a terceiros.

§ 2º. O destinatário da energia elétrica nas hipóteses das alíneas b e c do inciso I deverá, para fins da apuração da base de cálculo, prestar, à Secretaria Fazenda, declaração do valor devido, cobrado ou pago pela energia elétrica.

§ 3º. Na ausência da declaração de que trata o § 2º ou quando esta, a critério do fisco, não merecer fé, a base de cálculo do imposto, nas hipóteses das alíneas b e c do inciso I, será o preço praticado pela empresa distribuidora em operação relativa à circulação de energia elétrica objeto de saída, por ela promovida sob o regime da concessão ou permissão da qual é titular, com destino ao consumo de destinatário, situado no território paulista, em condições técnicas equivalentes de conexão e de uso do respectivo sistema de distribuição.

§ 4º. A Secretaria da Fazenda estabelecerá disciplina específica para fins do cumprimento do disposto nos §§ 1º a 3º.

Artigo 425-A. O estabelecimento gerador ou distribuidor de energia elétrica localizado em outro Estado que praticar operação interestadual relativa à circulação de energia elétrica, destinando-a diretamente, por meio de linha de distribuição ou de transmissão por ele operada, não interligada ao Sistema Interligado Nacional - SIN, a estabelecimento ou domicílio situado no território paulista, para nele ser consumida pelo respectivo adquirente, deverá pagar o imposto devido nessa operação em favor deste Estado (Lei Complementar federal 87/96, art. 9º, § 2º; Lei 6.374/89, art. 8º, § 8º, item 2, na redação da Lei 10.619/00, art. 1º, V; e Convenio ICMS-83/00, cláusula primeira).

Parágrafo único. Para efeito deste artigo, aplica-se:

1 - o disposto no item 1 do § 1º do artigo 425;

2 - no que couber, a disciplina estabelecida nos artigos 261 a 287.

O art. 2º, inciso IV e o art. 6º, inciso I, da Portaria, determinam que os consumidores livres e especiais devem informar mensalmente à Secretaria de Fazenda o preço médio de aquisição de energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre, e esta disponibiliza tal informação ao agente de distribuição em cuja área de concessão se localize o consumidor.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que o § 3º do art. 425 do RICMS passou a prever hipótese de arbitramento da base de cálculo do ICMS incidente sobre a comercialização de energia elétrica no ambiente livre, em caso de ausência da declaração descrita no § 2º do mesmo dispositivo.

Importante salientar que o Decreto nº 54.177/2009 do Estado de São Paulo atribui à distribuidora de energia elétrica a condição de substituto tributário das operações de compra e venda de energia elétrica, da qual eles não participam, haja vista que eles tão somente realizam o transporte da energia comercializada, por deterem o monopólio natural da infraestrutura essencial necessária para que a energia seja conduzida aos pontos de consumo, não comercializando energia elétrica neste ambiente de consumo livre, tampouco participando da cadeia de circulação desta mercadoria.

Desta feita, o Estado de São Paulo acabou por instituir uma nova modalidade de substituição tributária, estranha ao ordenamento jurídico pátrio, denominada “substituição tributária lateral” pelo Procurador Federal Luiz Eduardo Diniz Araújo, representando a ANEEL na ação visando à declaração da inconstitucionalidade da sistemática trazida pelo Decreto em análise, tema que será tratado mais adiante.

3.3 Aspectos formais e materiais que impõem a inconstitucionalidade do referido Decreto

Impende destacar a dissonância do Decreto nº 54.177/2009 com os preceitos trazidos no bojo da Constituição da República, haja vista a inegável ingerência da Administração Fazendária Paulista sobre a regulamentação do setor elétrico, matéria de competência exclusiva da União Federal, na forma do artigo 21, inciso XII, alínea “b”, da Carta Maior.

Note-se que o referido Decreto tenta extrair seu fundamento de validade no art. 8º, inciso IV, da Lei nº 6.374 de 1º de março de 1989, que dispõe sobre a instituição do ICMS no Estado de São Paulo e afirma que a empresa que distribui energia elétrica aos consumidores seria o sujeito passivo do ICMS por substituição, conforme o caso.

Portanto, não basta que o agente comercialize energia, visto que a lei estabelece como requisito para o sujeito seja eleito substituto tributário do ICMS, que ele comercialize energia elétrica em operação de compra e venda antecedente e subsequente àquela sobre a qual ocorre a incidência do imposto, ou seja, comercialize a energia sobre cuja operação de comercialização incide o imposto.

O referido Decreto promoveu a alteração do RICMS, a fim de transferir ao distribuidor de energia elétrica a obrigação de recolher o ICMS incidente nas operações de compra e venda de energia elétrica realizadas no Ambiente de Contratação Livre. Contudo, é inegável que a definição da hipótese de incidência prevista no Decreto vai de encontro ao previsto na Lei Complementar nº 87/1996.

Isso se dá diante do fato de que a base de cálculo do ICMS, nos termos da lei complementar, será o preço praticado na operação final, de forma que não poderá o legislador estadual exigir o imposto com base em média de preços. Ademais, a base de cálculo do ICMS só pode ser alterada por lei complementar, não sendo possível a sua modificação através de Decreto Estadual.

Há ainda de se mencionar a questão da violação à capacidade contributiva, princípio norteador do Sistema Tributário Nacional, e consagrado pelo § 1º do art. 145 da Constituição da República¹³; na mesma linha de pensamento, Ricardo Lodi Ribeiro define esse princípio como consistindo “na manifestação econômica, identificada pelo legislador, como signo presuntivo de riqueza a fundamentar a tributação” (RIBEIRO, 2009, p. 213).

Destaca-se que o Decreto nº 54.177/2009 não levou em conta as peculiaridades da atuação dos distribuidores de energia elétrica e ignora a ausência de capacidade contributiva revelada pelo agente de distribuição, haja vista que o agente de distribuição não participa do Ambiente de Contratação Livre, não integram a respectiva cadeia de circulação comercial de energia elétrica, não comercializando energia nem em operação anterior, nem na operação posterior às realizadas no ambiente livre. O que ocorre é a mera disponibilização de sua infraestrutura para o transporte da energia elétrica adquirida pelos consumidores livres ou especiais.

Nesse sentido, como já mencionados, os Contratos de Uso do Sistema de Distribuição e Transmissão são firmados entre as distribuidoras, sendo tecnicamente inviável o

¹³ Art. 145. (...)

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

recolhimento tributário relacionado ao ICMS sobre as operações de uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica (CARNEIRO, 2010, p. 104-105).

Importante ainda salientar que o § 3º do art. 425 do RICMS está eivado de vício de constitucionalidade, uma vez que estabelece base de cálculo arbitrada, com fulcro no artigo 150, § 7º, da Constituição da República, mas o texto da Carta Maior se aplica apenas à substituição tributária progressiva, situação diversa da hipótese descrita no texto do Regulamento, pois o agente distribuidor não figura na cadeia de comercialização de energia no ambiente de contratação livre.

Nesse sentido, há de se trazer à baila o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, que assentou, em casos análogos ao presente¹⁴, ser inadmissível a fixação da base de cálculo de ICMS em pautas de preços ou valores, as chamadas pautas fiscais, as quais se baseiam em valores fixados prévia e aleatoriamente para a apuração da base de cálculo do tributo, como no caso em referência.

De fato, é notório que o Decreto nº 54.177/2009 estabelece uma modalidade de substituição tributária que não encontra respaldo na Lei nº 6.374/1989, tratando-se de decreto que extrapola em muito o poder regulamentar da Administração Pública, estando, portanto, eivado de vício de constitucionalidade.

Essa nova hipótese de substituição tributária não encontra amparo no ordenamento jurídico vigente, já que não foi criada por lei, mas sim pela via de decreto, bem como impõe dever sem previsão legal às distribuidoras de energia elétrica violando, portanto, o art. 150, I, da Constituição, pelo qual é vedado “exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Nessa seara, o Decreto também viola o art. 121 do Código Tributário Nacional¹⁵, que define o responsável tributário como aquele que, mesmo não possuindo relação pessoal e direta com o fato gerador, tenha sido indicado por lei, além do art. 97, III¹⁶ do mesmo diploma, segundo o qual a atribuição de responsabilidade somente pode se dar através da edição de lei formal.

¹⁴ Precedentes: RMS 25605 / SERMS n. 18.634/MT, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 21/05/2008; EDcl no RMS n. 16.810/PA, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 04.06.2007; RMS n. 23.502/SE, desta Relatoria, Primeira Turma, DJ de 19.04.2007; RMS n. 19.026/MT, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ de 06.03.2006.

¹⁵ Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

¹⁶ Art. 97. Somente a lei pode estabelecer: [...]

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

Também é latente a violação, por parte do Decreto em análise, ao artigo 146, III, alínea “a”, da Carta Magna, que reserva à lei complementar “a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes”.

Registre-se, ainda, que não há como se invocar como fundamento desta nova sistemática o art. 34, § 9º, do ADCT, eis que, no momento em que ele foi instituído não existia livre concorrência no setor elétrico, tendo sido sempre pensado e aplicado para uma realidade fática de mercado regulado de comercialização de energia. Outrossim, conforme já salientado, o mencionado dispositivo não se coaduna mais com o ordenamento jurídico vigente, haja vista a edição da Lei Complementar nº 87/1996.

Destarte, Luiz Eduardo Diniz Araújo (2010, p. 6-7) afirma que o Estado de São Paulo, ao legislar desse modo, viola a competência da União para gerir os serviços de distribuição de energia elétrica e para legislar sobre o mesmo, conduta que foi rechaçada pelo Supremo tribunal Federal em casos análogos.

Outrossim, a Nota Técnica nº 357/2009-SFF/ANEEL concluiu que a substituição lateral criada pelo Estado de São Paulo, por aumentar a base de cálculo de outros tributos incidentes nas operações que envolvem energia elétrica, resulta em aumento da tarifa para os consumidores finais, violando, portanto, o art. 175, parágrafo único, da Constituição¹⁷ prevê que lei disporá, entre outros elementos, sobre política tarifária de serviços públicos (ARAÚJO, 2010, p. 6-7).

Merece destaque, finalmente, o entendimento já esposado pelo Pretório Excelso (BRASIL, STF, 2007), acerca da necessidade de que a instituição da hipótese de substituição tributária observe não só a legalidade, mas também o princípio da irretroatividade. Conforme trecho do voto da Eminentíssima Ministra Relatora Ellen Gracie, “embora a instituição desse sistema não represente a criação de novo um tributo, há substancial alteração no sujeito passivo da obrigação tributária”, em privilégio à segurança jurídica.

3.4 A ADIN nº 4281-5

¹⁷ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. [...] III - política tarifária;

Há de se mencionar que a Associação Brasileira dos Agentes Comercializadores de Energia Elétrica (ABRACEEL) intentou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, autuada sob o número 180-3, posteriormente recebida e autuada como a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4281-5.

A ABRACEEL pugna pela inconstitucionalidade do Decreto nº 54.177/2009, sob os fundamentos já apresentados no presente estudo, de que apenas a União teria competência para legislar sobre energia, bem como haveria violação aos princípios da legalidade tributária, da capacidade contributiva e da livre concorrência, já que as distribuidoras não seriam agentes econômicos da cadeia, atuando no mercado livre como meros transportadores de energia.

O Governo de São Paulo, ao apresentar suas alegações, afirma, em síntese, que não se trata de substituição tributária, mas sim de diferimento do pagamento do tributo, com a concentração do recolhimento do ICMS em apenas uma etapa da cadeia, tendo sido criado com o objetivo de se evitar a grande evasão de tributos existente no mercado livre de energia elétrica.

Segundo as informações apresentadas, a comercialização no Ambiente de Contratação livre responderia por cerca de 30% (trinta por cento) de toda a energia consumida no Estado de São Paulo; todavia, a arrecadação do ICMS não acompanhava esse montante, apresentando como justificativa para tanto o fato de os contratos não informarem os valores vendidos ao consumidor livre, de modo que a Administração Tributária do Estado não tinha como aferir tais valores, o que facilitava a sonegação. Finalmente, alegou que após a vigência do decreto, houve incremento de arrecadação no âmbito do mercado livre de energia de mais de duzentos e cinquenta milhões de reais ao ano.

A Ministra Relatora Ellen Gracie se concentrou no vício formal do Decreto de 2009, contestado na ação, defendendo que a substituição tributária não poderia ser criada por instrumento infralegal, sob pena de violação do art. 150, inciso I da Constituição. Nesse sentido, a ministra reconheceu que o decreto era inconstitucional e propôs a modulação dos efeitos da decisão, valendo apenas *ex nunc*, que valeria apenas a partir da publicação do acórdão da Corte, medida que seria apta a evitar uma avalanche de ações sobre o tema.

Após o voto da relatora no sentido de invalidar a norma, a Ministra Cármen Lúcia pediu vista do processo, em 2011. Com a aposentadoria da relatora, a ação foi redistribuída para a Relatoria da Ministra Rosa Weber e foi novamente incluída em pauta para julgamento em 2017.

Na sessão em que o julgamento foi reiniciado, em agosto de 2017, a Ministra Carmen Lucia votou no sentido de acompanhar o voto da relatora, afirmando que o decreto de São

Paulo violou os princípios da legalidade, da capacidade contributiva, da livre iniciativa e da livre concorrência. Todavia, o julgamento foi novamente interrompido pelo pedido de vista, por parte do Ministro Alexandre de Moraes e aguarda-se, novamente, o seu prosseguimento.

4 CONCLUSÃO

O Decreto nº 54.177/2009 do Governador do Estado de São Paulo desprezou diversas particularidades do funcionamento do setor elétrico brasileiro, ignorando os princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da concorrência e as normas de funcionamento do setor elétrico.

Sob a justificativa genérica de se evitar evasão fiscal, e no claro intuito de aumentar a arrecadação, o Estado de São Paulo criou hipótese de substituição tributária não prevista em nosso ordenamento, ao arrepio dos princípios constitucionais da legalidade, da isonomia, da federação e da capacidade contributiva.

Conforme já amplamente demonstrado, no Ambiente de Contratação Livre, os consumidores livres e os consumidores especiais adquirem energia diretamente de qualquer concessionário ou permissionário de energia elétrica, não ficando adstrito ao distribuidor da localidade onde se situa. Igualmente, já foi asseverado que a lei garante o livre acesso à estrutura de fornecimento e distribuição de energia elétrica a tais consumidores, no intuito de viabilizar a comercialização no mercado livre.

Portanto, ao se atribuir às distribuidoras de energia a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS incidente na comercialização de energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre, o Legislador paulista incorre em grave inconstitucionalidade, haja vista que, além das questões formais já apontadas, ele imputa dever jurídico a pessoa que não integra a relação tributária, nem sequer a relação de comercialização de energia que se deseja tributar.

Desta feita, acompanhamos o entendimento esposado pela Ministra Ellen Gracie na Ação Direta de Inconstitucionalidade em trâmite no Supremo Tribunal Federal, pela inconstitucionalidade do Decreto Paulista. Contudo, com a nova composição da Corte e a designação de nova Relatora para o caso, não há garantia de que esse entendimento será prevalecerá ao final do julgamento.

5 REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. **Substituição lateral no Estado de São Paulo**. 2010. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/2939148>>. Acesso em: 02 fev. 2018.
- ÁLVARES, Walter Tolentino. **Curso de direito da energia**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução normativa nº 206, de 22 de dezembro de 2005**. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/bren2005206.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2018.
- BRASIL. Câmara de Comércio de Energia Elétrica. **História da CCEE**. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/quem-somos/historia?_afLoop=1398740422724444#!%40%40%3F_afLoop%3D1398740422724444%26_adf.ctrl-state%3Dsx7doe86s_52>. Acesso em: 02 fev. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4281-5**. Requerente: Associação Brasileira dos Agentes Comercializadores de Energia Elétrica - ABRACEEL. Requerido: Estado de São Paulo. Órgão julgador: Pleno. Relator: Ministra Ellen Gracie (original), Ministra Rosa Weber (atual). Brasília, DF, 14 de setembro de 2006.
- BRASIL. _____. **Novo pedido de vista suspende análise de decreto de SP que trata de ICMS no comércio de energia elétrica**. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=351255>>. Acesso em: 02 fev. 2018.
- CARNEIRO, Daniel Araújo. **Tributos e encargos do setor elétrico brasileiro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.
- FERRER, Juan de La Cruz. **La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico: modelos y análisis de la Lei 54/1997**. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Temas de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SANTIAGO JUNIOR, Fernando Antonio. Distribuição e fornecimento de eletricidade no Brasil: integração ou desverticalização? **Revista de direito público da economia**, Belo Horizonte, v. 4, n. 13, jan. 2006.