

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.973 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX  
REQTE.(S) : DEMOCRATAS - DEM  
ADV.(A/S) : FABRICIO JULIANO MENDES MEDEIROS  
INTDO.(A/S) : CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA  
FAZENDÁRIA - CONFAZ  
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE  
ENERGIA ELÉTRICA - ABRADÉE  
ADV.(A/S) : ROQUE ANTONIO CARRAZZA

### VOTO

O Senhor Ministro **CRISTIANO ZANIN** (Voto-Vista): Discute-se nos autos a constitucionalidade de disposição do Convênio ICMS n. 60/2007, expedido pelo CONFAZ, que autoriza os Estados da Bahia e de Rondônia a concederem “isenção do ICMS relativo à parcela da subvenção da tarifa de energia elétrica estabelecida pela Lei nº 10.604, de 17 de dezembro de 2002, no respectivo fornecimento a consumidores enquadrados na ‘subclasse Residencial de Baixa Renda’, de acordo com as condições fixadas nas Resoluções n. 246, de 30 de abril de 2002, e n. 485, de 29 de agosto de 2002, da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.”

Quanto ao objeto da ação, colhe-se o seguinte do voto proferido pelo Ministro Relator Luiz Fux:

De se ver, nesse âmbito, que a regra impugnada na inicial é isentiva, ou seja, autoriza os Estados da Bahia e de Rondônia a concederem isenção tributária dos valores correspondentes às subvenções. **É dizer, assim, que a grandeza seria, a princípio, tributada pelo ICMS, no que a autorização para a dispensa da tributação pelo Convênio se faz necessária** nos termos da regra constitucional do art. 155, § 2º, inc. XII, ‘g’, citada alhures.

[...]

Em verdade, a pretensão se dirige a pedir que a Suprema Corte reconheça a inconstitucionalidade de uma das

interpretações extraíveis do texto impugnado. **Com efeito, o requerente deseja que sua ação seja julgada procedente para que o Plenário do Supremo Tribunal Federal afirme que a norma aprovada pelo CONFAZ apenas repete o que já seria decorrência natural do ordenamento, ou seja, que a subvenção paga pela União às concessionárias de energia elétrica não se submete à tributação pelo ICMS.** Desta sorte, esta Corte afastaria, tão somente, a interpretação a contrario sensu que deflui da disposição do Convênio CONFAZ nº 60/07 e permite reconhecer a possibilidade de tributação da verba subvencional.

[...]

**Exsurge dos autos que o cerne da discussão remete ao debate quanto à possibilidade de tributação pelo ICMS das parcelas pagas pela União às concessionárias de energia elétrica a título de subvenção voltada a fazer frente à tarifa de energia elétrica menos gravosa aplicável ao consumidor da subclasse residencial de baixa renda.**

A presente controvérsia é semelhante à debatida no RE 990.115, da minha relatoria, paradigma do Tema 1113 da Repercussão Geral, cujo objeto é a constitucionalidade de decreto estadual que incluiu o valor da subvenção econômica, instituída pela Lei Federal n. 10.604/2002, na base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica.

Ainda que não se verifique, a rigor, conexão entre as ações, na forma definida no caput do art. 55 do CPC, há relevante similaridade entre as causas de pedir, que consistem no questionamento quanto à constitucionalidade da interpretação, dada pelos estados-membros à legislação do ICMS, que permita considerar a subvenção econômica paga pela União às concessionárias, nos termos da Lei 10.604/2002, na base de cálculo do imposto incidente sobre a circulação de energia elétrica.

## ADI 3973 / DF

Por essa razão, pedi vista dos autos e propus o julgamento conjunto do RE 990.115 e desta ADI 3.973, nos termos do § 3º do art. 55 do CPC.

Passo ao voto.

### DAS QUESTÕES PRELIMINARES

De início, acompanho o Ministro Relator quanto ao conhecimento da ação, reconhecendo que o Convênio CONFAZ nº 60/07 ostenta os requisitos que o tornam apto para ser objeto de impugnação pela via do controle concentrado de constitucionalidade.

Da mesma forma, acompanho o Ministro Relator na compreensão de que o objeto da presente ADI não consiste na mera declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada, isentiva que é, mas sim que se afaste “a interpretação *a contrario sensu* que deflui da disposição do Convênio CONFAZ nº 60/07 e permite reconhecer a possibilidade de tributação da verba subvencional”, postulando-se, portanto, a declaração de nulidade sem redução de texto.

### DA SUBVENÇÃO ECONÔMICA PAGA PELA UNIÃO ÀS CONCESSIONARIAS E PERMISSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA – ART. 5º DA LEI 10.604/2002

Do exame do histórico normativo pertinente à subvenção em análise, infere-se que sua instituição pelo legislador federal teve por finalidade substituir as então vigentes “tarifas sociais”, sustentadas por subsídios cruzados operados pelas próprias concessionárias, por meio dos quais os descontos concedidos aos consumidores de baixa renda eram suportados pelas classes de consumidores mais favorecidas.

Esse sistema, paradoxalmente, proporcionava que, nos estados mais

pobres, os consumidores de baixa renda tivessem menor acesso aos subsídios, haja vista o menor número de consumidores de classes favorecidas nessas localidades para suportar os ônus do subsídio cruzado.

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux cita trabalho da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados que demonstra essa peculiaridade da sistemática anterior:

Conforme escreve Franscisco José Rocha de Souza, Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados da Área de Recursos Minerais, Hídricos e Energéticos, por meio de interessante artigo sobre o tema - “A Subvenção Econômica aos Consumidores de Energia Elétrica de Baixa Renda”, Consultoria Legislativa. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2006 -, o histórico da subvenção sub examine pode ser assim resumido:

"No passado, esse mecanismo de apoio às classes desfavorecidas tinha a forma de subsídio cruzado. Vale dizer, os consumidores de baixa renda eram beneficiados com descontos em relação à tarifa cheia da subclasse residencial, que eram suportados pelas demais classes de consumo. Havia, contudo, grandes distorções nos critérios para enquadramento na subclasse residencial de baixa renda, os quais foram propostos pelas próprias concessionárias e homologados pelo órgão regulador. Isso evidenciava-se, de forma cristalina, pelo fato de a razão quantidade de consumidores de baixa renda/total dos consumidores residenciais em várias concessionárias que atuavam em estados mais pobres do país ser substancialmente menor que a verificada nos estados mais ricos.

Para contornar tal situação, a Lei 10.438/2002 estabeleceu critério uniforme para definir a Subclasse Residencial Baixa Renda, compreendendo todo consumidor atendido por ligação monofásica que consuma até 80 kWh/mês, ou cujo consumo situe-se entre 80 e 220 kwh/mês, neste caso desde que observe o máximo regional compreendido na faixa e não seja excluído da subclasse por outros critérios de enquadramento a serem definidos pela ANEEL<sup>1</sup>.

A partir do advento desse novo critério, constatou-se aumento expressivo do número de consumidores residenciais elegíveis para o benefício tarifário<sup>2</sup>, o que levou ao desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos vigentes. Atualmente, o consumidor integrante da Subclasse Residencial Baixa Renda beneficiado pela Tarifa Social de Energia Elétrica (TSEE) é definido nos termos da Lei 12.212/2010 e alterações posteriores.

A lei n. 10.604/2002, por sua vez, autorizou que a União concedesse subvenção econômica, a ser paga para as concessionárias, a fim de “contribuir para a modicidade tarifária de fornecimento de energia elétrica aos consumidores finais integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda a que se refere a Lei n. 10.438, de 2002”, nos termos de seu art. 5º.

---

<sup>1</sup> Lei 10.438/2002. Art. 1º Os custos, inclusive de natureza operacional, tributária e administrativa, relativos à aquisição de energia elétrica (kWh) e à contratação de capacidade de geração ou potência (kW) pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial - CBEE serão rateados entre todas as classes de consumidores finais atendidas pelo Sistema Elétrico Nacional Interligado, proporcionalmente ao consumo individual verificado, mediante adicional tarifário específico, segundo regulamentação a ser estabelecida pela Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel.

§ 1º O rateio dos custos relativos à contratação de capacidade de geração ou potência (kW) referidos no caput não se aplica ao consumidor integrante da Subclasse Residencial Baixa Renda, assim considerado aquele que, atendido por circuito monofásico, tenha consumo mensal inferior a 80 kWh/mês ou cujo consumo situe-se entre 80 e 220 kWh/mês, neste caso desde que observe o máximo regional compreendido na faixa e não seja excluído da subclasse por outros critérios de enquadramento a serem definidos pela Aneel. (redação original)

<sup>2</sup> Vide Nota Informativa ANEEL, doc. 13, p. 30

A Resolução Normativa ANEEL n. 89, de 25/10/2004, que primeiro veio a regulamentar a metodologia de cálculo da subvenção econômica, bem contextualizou seus objetivos nos “considerandos” iniciais:

[...] As concessionárias ou permissionárias de distribuição de energia elétrica já concediam descontos tarifários a unidades consumidoras específicas, de acordo com critérios aprovados pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE);

Os descontos eram compensados no âmbito da própria concessionária ou permissionária, de forma que parte do mercado atendido suportava o subsídio concedido a determinadas unidades consumidoras;

A definição de uma política tarifária unificada para as unidades consumidoras da Subclasse Residencial Baixa Renda torna necessária a fixação de metodologia para a apuração da diferença mensal de receita de concessionária ou permissionária de distribuição de energia elétrica, visando mensurar a magnitude da subvenção econômica requerida ou do incremento de receita obtido;

A subvenção econômica compensa a concessionária ou permissionária pelo impacto derivado da introdução dos novos critérios, consubstanciado na diferença entre o montante financeiro a ser despendido e o anteriormente verificado, medida que tem por finalidade preservar os níveis tarifários vigentes e a modicidade tarifária para o restante do mercado consumidor;

Atualmente, essa subvenção econômica é custeada nos termos do art. 5º, § 1º, da Lei n. 10.604/2002 e do art. 13, inciso II, da Lei n. 10.438/2002, com a redação dada pela Lei n. 12.783/2013, que estabelece que os recursos da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) serão

destinados para, entre outros objetivos, “garantir recursos para atendimento da subvenção econômica destinada à modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica aos consumidores finais integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda”<sup>3</sup>.

O valor a ser repassado a título de subvenção para cada distribuidora, a fim de compensar as reduções de tarifas, segue fórmula complexa, hoje definida na Resolução Normativa n. 472, de 2012, da ANEEL<sup>4</sup>, porém a grandeza correspondente à subvenção pode ser, simplificada, definida como o montante da perda de receita que a distribuidora sofre em razão dos descontos tarifários obrigatórios concedidos aos consumidores da Subclasse Residencial Baixa Renda (Tarifa Social de Energia Elétrica).

Assim, a União, homologando os dados de fornecimento e faturamento apresentados pelas concessionárias de energia elétrica, repassa mensalmente a diferença entre o que a concessionária teria recebido “sem o desconto” e o que efetivamente recebeu do consumidor de baixa renda, de modo a compensar a redução de tarifa e manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

Ao apreciar a disciplina constante do Convênio ICMS n. 60/2007, expedido pelo CONFAZ, que autoriza os Estados da Bahia e de Rondônia a concederem “isenção do ICMS relativo à parcela da subvenção da tarifa de energia elétrica estabelecida pela Lei n. 10.604, de 17 de dezembro de 2002” e que, *a contrario sensu*, reconhece que tal parcela está inserida no campo de incidência do ICMS, Sua Excelência o Ministro Luiz Fux, em

---

<sup>3</sup> Art. 13. Fica criada a Conta de Desenvolvimento Energético - CDE visando ao desenvolvimento energético dos Estados, além dos seguintes objetivos: (Redação dada pela Lei nº 12.783, de 2013)

II - garantir recursos para atendimento da subvenção econômica destinada à modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica aos consumidores finais integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda; (Redação dada pela Lei nº 12.783, de 2013)

<sup>4</sup> O art. 2º, parágrafo único, define o cálculo da DMR - Diferença Mensal de Receita.

voto didático, esclareceu que

[...] para fazer frente ao benefício da TSEE [Tarifa Social de Energia Elétrica], suportado pelas concessionárias de energia elétrica, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) promove o repasse de valores àquelas empresas a título de subvenção. A metodologia de cálculo da verba consta do art. 2º da Resolução Normativa nº 472/2012, cabendo à ANEEL verificar e homologar os valores pleiteados mensalmente por cada concessionária.

Ressoa inequívoco, nesse prisma, que a descrição da subvenção, tal qual caracterizada nas leis e normativos mencionados, é verba que deflui da relação jurídica estabelecida entre União e concessionária de energia elétrica à prestação de serviço público, nos moldes do art. 175 da CF/1988.

A parcela repassada pela União às concessionárias representa, pois, compensação financeira pelos ônus impostos pelo poder concedente às empresas prestadoras do serviço diante da mudança na política tarifária implementada a partir de 2002. Trata-se de verba para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença, de maneira a não ocasionar o repasse das novas restrições à cobrança dos valores tarifários aos consumidores finais, preservando-se a política de modicidade das tarifas.

Especificamente quanto à incidência do ICMS sobre as parcelas recebidas a título de subvenção, assim concluiu o eminente Ministro:

À evidência, está-se perante duas relações jurídicas distintas: (i) uma jurídico-tributária, em que o Estado Membro é titular da competência tributária para exigir o ICMS da distribuidora de energia elétrica quando do fornecimento da



mercadoria ao consumidor final; (ii) outra jurídico-administrativa, em que a União, via Agência Reguladora (ANEEL), fixa o preço do serviço prestado pela concessionária e lhe oferece contrapartida econômica mediante subvenção ligada a política tarifária de cunho social.

[...]

Neste cenário, incluir a subvenção econômica paga pela União às concessionárias no âmbito de incidência do ICMS seria alargar a compreensão das expressões “saída de mercadoria do estabelecimento comercial” e “valor da operação” eleitas para definir os aspectos material e quantitativo do ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica.

[...]

Com efeito, é certo que sob a ótica meramente econômica os valores repassados às concessionárias representam valores compensatórios da redução de receita decorrente da aplicação das tarifas sociais. Ou seja, guardam relação com a atividade-fim praticada pela empresa fornecedora de energia elétrica. Entretanto, o formalismo jurídico, neste específico caso, não permite o alcance ilimitado da norma tributária. Ao definir o “valor da operação” como a base de cálculo do imposto, a norma restringiu o alcance dos valores que podem ser incluídos sob este signo.

[...]

No presente caso, adotar interpretação extensiva para compreender na expressão “operações relativas à circulação de mercadorias” e “valor da operação” a quantia paga pelo poder concedente a título de subvenção às concessionárias enseja, necessariamente, um gravame considerável sobre a prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica.

Pois bem.

DA SUBVENÇÃO ECONÔMICA PARA A MODICIDADE DA TARIFA  
DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA E A HIPÓTESE DE  
INCIDÊNCIA DO ICMS

Consideradas todas as manifestações jurídicas deduzidas sobre a matéria, alcancei a mesma conclusão manifestada pelo Ministro Relator Luiz Fux, porém por fundamentos ligeiramente distintos, nos termos do voto que proferi no RE 990.115, paradigma do Tema 1113 da Repercussão Geral.

Entendo que a correta delimitação da relação jurídico-tributária, conforme as balizas fixadas pela Constituição e pela legislação complementar que define a materialidade do ICMS, bem como a precisa compreensão da relação jurídico-administrativa que dá ensejo à subvenção, fornecem elementos suficientes para a solução da controvérsia no plano estritamente jurídico-constitucional, sem necessidade de recorrer a considerações extrínsecas ao próprio sistema normativo.

Dispõe o art. 155, II, da Constituição Federal que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, conceito que abrange também o fornecimento de energia elétrica, conforme estabelecem o art. 155, § 3º, da CF, e o art. 34, § 9º, do ADCT.

O fato gerador do ICMS, por sua vez, é definido na Lei Complementar 87/1996, como “a saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte [...]”<sup>5</sup> (art. 12, I). No que interessa ao presente caso, trata-se do fornecimento de energia elétrica.

---

<sup>5</sup> O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão “ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”, que complementava o inciso I, do art. 12. (ADC 49, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 04/05/2021).

A base de cálculo do imposto é regida pelo art. 13 da mesma Lei Complementar, nos seguintes termos:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;

(...)

§ 1º. Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo: (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

Observa-se que a legislação contempla uma noção ampla da base de cálculo do ICMS, nela incluindo não apenas o preço da mercadoria, mas também outras importâncias acessórias vinculadas à transação mercantil, como frete, seguros e descontos concedidos sob condição.

Todavia, trata-se de elementos que possuem algum nexo econômico-jurídico direto com a operação mercantil, e que possuem essa mesma natureza negocial.

A subvenção econômica que subsidia a TSEE, diferentemente, não

representa preço, tarifa, nem receita própria da operação mercantil (circulação de mercadoria), que se dá entre concessionária e consumidor. Não constitui elemento integrante do negócio jurídico de fornecimento de energia elétrica, embora dele seja um desdobramento **de natureza regulatória**.

**Trata-se de receita alheia à operação de circulação de mercadoria.** A concessionária não a recebe como contraprestação pelo consumo de energia, mas como verba de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão firmado com a União, diante dos reflexos desfavoráveis impostos pela política setorial de caráter social definida pelo legislador.

As subvenções econômicas podem assumir diversas formas, a depender da modelagem estabelecida pelo Poder Público para alcançar o interesse público que lhe serve de fundamento. Elas podem ser concedidas por meio de doações, empréstimos, benefícios fiscais, ou contribuições de natureza pecuniária, sempre com o objetivo de estimular um setor considerado estratégico ou de alcançar, por meio da atividade de particulares, uma finalidade que o estado reputa de interesse público.

A subvenção econômica destinada à TSEE tem natureza de contribuição pecuniária. O que causa perplexidade é que ela se identifica com a diferença de receita que as concessionárias deixaram de receber quando da ampliação do número de beneficiários da tarifa social. Mas ela poderia, legitimamente, ser dimensionada e vertida às concessionárias de diversas outras formas, as quais, talvez, não propiciassem a equivocada inferência de que tais recursos integram o valor da operação para fins de incidência do ICMS.

Semelhante conflito foi abordado por Geraldo Ataliba em artigo doutrinário no qual examinou subvenções concedidas por determinados

municípios a indústrias que viessem a se instalar em seus territórios, em valor correspondente a percentual do antigo ICM estadual (Imposto sobre Circulação de Mercadorias). O renomado professor demonstrou que, a despeito de a subvenção municipal se identificar com sua participação no produto do ICM, ela não se confundia com uma isenção do próprio imposto:

Muitas Prefeituras têm concedido isenção de impostos municipais (predial e territorial urbano e sobre serviços) a indústrias que se instalem no Município. Algumas pretendem subsidiar ou subvencionar a industrialização, doando às indústrias, mensalmente, importâncias em dinheiro, correspondentes a uma porcentagem do I.C.M. por elas recolhido ao Estado.

[...]

O que elas se propõem a fazer é lícito, legal e constitucional. Embora sua redação muitas vezes não seja das mais felizes, o que nelas se dispõe é que o Município “doará, a título de estímulo, às indústrias compreendidas na hipótese legal, mensalmente, uma quantia de dinheiro proporcional ao recolhimento do I.C.M.”

**Poderia doar uma quantia fixa. Poderia proporcionar a importância a ser doada ao vulto dos salários pagos; ao valor das compras feitas; ao vulto de suas vendas; ao montante do imposto de renda pago; ao total ou à parte do IPI recolhido, ou a qualquer outro gabarito.**

A essência da ideia é, pois, doar dinheiro, a título de estímulo a uma atividade. Como se se cuidasse de um prêmio.

**A medida do prêmio, a lei municipal fixa como quiser. Pode erigir qualquer critério. Se o Município é dono de seus dinheiros, pode empregá-los como deseje.**

[...]

Outra coisa não fazem os Estados e a União, por mil e uma formas, diretas e indiretas, na área da SUDENE, SUDAM etc., bem como no setor da pesca, da construção naval, da indústria aeronáutica etc. Variam os critérios, são diversificadas as formas, mas, no fundo, as finalidades e os instrumentos são sempre os mesmos. E não consta que jamais se haja impugnado, por inconstitucional, este modo de agir.

[...]

Pode o Município conceder subvenções para estimular a implantação de indústrias, usando de qualquer critério, desde que obedeça à isonomia e ao interesse público; preenche estes requisitos a lei que estipule o critério de proporcionar o quantum da subvenção ao imposto pago pela beneficiária, inclusive o I.C.M.<sup>6</sup>

Concluiu o ilustre jurista que o município poderia “conceder subvenções para estimular a implantação de indústrias, usando de qualquer critério, desde que obedeça à isonomia e ao interesse público”, inclusive estipulando como parâmetro quantitativo da subvenção o valor do imposto pago pela beneficiária a título de I.C.M.

De modo análogo, a circunstância de a legislação setorial determinar que a subvenção econômica seja apurada com base na diferença entre a tarifa que **seria exigível** na ausência da política social subvencionada e aquela efetivamente suportada pelo consumidor de baixa renda **não lhe altera a natureza jurídica regulatória**.

---

<sup>6</sup> ATALIBA, Geraldo. Subvenção municipal a empresas, como incentivo à industrialização – A impropriamente designada “devolução do I.C.M.”. *Justitia*, São Paulo, ano XXXIII, v. 72, p. 150-156, 1º trim. 1971.

Tal critério de cálculo, por si só, não converte a subvenção em parcela da tarifa decorrente da operação mercantil. Ela permanece no domínio da atribuição regulatória da União, não integrando, de forma alguma, a relação jurídica comercial existente entre a concessionária e o usuário.

Nesse contexto, não considero possível concluir que a subvenção em preço configura desconto concedido sob condição, para fins de caracterização da base de cálculo do ICMS, como afirmou o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial 1.286.705 (do qual se originou o RE 990.115 - Tema 1113 da Repercussão Geral), *verbis*:

A subvenção foi concedida sob a condição de ser mantida a tarifa reduzida aos consumidores finais de baixa renda. Vejo que o caso amolda-se à hipótese prevista na alínea "a" do inciso II do § 1º da LC. 87/96<sup>7</sup>.

A subvenção econômica, portanto, faz parte do preço final da mercadoria.

Com a devida vênia, compreendo que não há condição. Às concessionárias não é dado escolher entre oferecer a tarifa social ou deixar de fazê-lo – e renunciar à subvenção. A tarifa social (descontada) é o preço determinado pelo Poder concedente, materializando política social da maior relevância. É este o valor da operação.

A instituição da subvenção, nesse cenário, cumpriu a função de assegurar a observância de princípio basilar que rege as relações jurídico-

---

<sup>7</sup> Art. 13.

§ 1º. Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo: [...]

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

administrativas contratuais, segundo o qual devem ser mantidas as condições econômicas que preservem a essência da relação sinalagmática definida no momento de sua pactuação.

Trata-se de imperativo que permeia praticamente todos os diplomas normativos relativos à contratação pública, a começar pelo próprio texto constitucional:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos também é assegurada, de maneira mais específica, no regramento de direito administrativo infraconstitucional:

Lei 14.133/21 - Lei de Licitações

Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro



inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato. (\*equivalente ao art. 65, II, d, da Lei 8.666/93, vigente ao tempo da criação da subvenção)

**Lei 8.987/1995 – Lei de Concessões Públicas**

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

A propósito, revela-se pertinente a observação formulada por Roque Antonio Carrazza, em parecer juntado aos autos do RE 990.115 (doc. 5, p. 14), cujo julgamento se dá em conjunto com o da presente ADI:

Noutros falares, a subvenção que ora faz nossos cuidados, decorre, pura e simplesmente, da natureza jurídica do contrato

de concessão, máxime de um de seus princípios fundamentais, qual seja, o da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão configura direito da Concessionária e dever do Poder Concedente. Absolutamente não interfere, inclusive para fins tributários, na relação de fornecimento de energia elétrica.

Valem, a propósito, as seguintes lições de Carlos Ari Sundfeld:

“Pode-se afirmar, então, que o regime jurídico dos contratos da Administração, no Brasil, compreende a regra da manutenção da equação econômico-financeira originalmente estabelecida, cabendo ao contratado o direito a uma remuneração sempre compatível com aquela equação, e à Administração o dever de rever o preço quando, em decorrência de ato estatal (produzido ou não à vista da relação contratual), de fatos imprevisíveis ou da oscilação dos preços na economia, ele não mais permita a retribuição da prestação assumida pelo particular, de acordo com a equivalência estipulada pelas partes no contrato”.

O fato imprevisível, no caso, foi a nova caracterização, por ato legislativo próprio, da classe de consumidores beneficiária da tarifa privilegiada, o que ocasionou repercussão relevante no âmbito da relação administrativa entre o Poder concedente e os concessionários.

A ocorrência de fato do príncipe, ao provocar abalo no equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, impõe ao Poder Público o dever de promover a correspondente recomposição, a fim de restabelecer a equação originalmente pactuada. A propósito, o Supremo Tribunal Federal assim se manifestou no acórdão da ADI 5657, Rel. Min.

Luiz Fux, DJe de 28/4/2023:

EMENTA: [...] LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA PARA ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS. EXISTÊNCIA DE MECANISMOS DE CORREÇÃO DE EVENTUAL DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS. AÇÃO CONHECIDA E JULGADO IMPROCEDENTE O PEDIDO.

[...]

2. O Estado pode intervir na ordem econômica para assegurar o gozo de direitos fundamentais de pessoas em condição de fragilidade econômica e social, implementando políticas públicas que estabeleçam meios para a consecução da igualdade de oportunidades e da humanização das relações sociais, dando concretude aos valores da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Precedentes: ADI 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe de 17/10/2008; ADI 3.768, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJ de 26/10/2007; ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJ de 5/6/2006; ADI 319, Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, DJ de 30/4/1993. [...]

4. A intervenção do Estado na ordem econômica para a promoção e implementação de direitos fundamentais não pode acarretar ônus excessivos aos atores privados, mormente no caso de contratos administrativos, onde a presença de cláusulas exorbitantes do direito comum em prol do interesse público tem como contrapartida a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de forma a resguardar os direitos dos contratados (artigo 37, XXI, da Constituição Federal).

5. O contratado não é obrigado a suportar alterações na equação econômico-financeira do contrato motivadas por condutas do Estado, ainda que legítimas, que prejudiquem a justa remuneração que lhe é inerente. Precedente: ADI 2.733,

## ADI 3973 / DF

Rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJ de 3/2/2006. [...] (ADI 5657, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 28/4/2023)

Desse modo, o repasse efetuado pela União às concessionárias insere-se, exclusivamente, na relação de direito administrativo estabelecida entre essas partes, não guardando qualquer pertinência com a competência tributária dos estados relativa à circulação de mercadorias, à qual interessa, apenas, o valor da operação comercial realizada entre concessionárias e consumidores de baixa renda, qual seja, a Tarifa Social de Energia Elétrica.

A subvenção econômica do art. 5º da Lei n. 10.604/2002 não compõe, portanto, a base de cálculo do ICMS devido pelas concessionárias de energia elétrica.

Ante o exposto, embora por fundamentos diversos, acompanho o Ministro Relator para julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, a fim de declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto da Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 60/07, “de maneira a afastar a interpretação que permita aos Estados da Bahia e de Rondônia tributar por via do ICMS o valor da subvenção econômica repassado pela União às concessionárias de energia elétrica, nos termos da Lei 10.438/2002”.

É como voto.