

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 990.115 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. CRISTIANO ZANIN
RECTE.(S)	: SINDICATO DA INDÚSTRIA DA ENERGIA NO ESTADO DE SÃO PAULO - SIESP
ADV.(A/S)	: CRISTIANE ROMANO FARHAT FERRAZ
ADV.(A/S)	: RAQUEL CRISTINA RIBEIRO NOVAIS
ADV.(A/S)	: DANIELLA ZAGARI GONCALVES
RECDO.(A/S)	: ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA - ABRADDEE
ADV.(A/S)	: ROQUE ANTONIO CARRAZZA
ADV.(A/S)	: PABLO XAVIER DE MORAES BICCA

VOTO

O Senhor Ministro **CRISTIANO ZANIN** (Relator): Trata-se de recurso extraordinário com agravo e recurso extraordinário submetido ao regime da repercussão geral, este último interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que considerou legítima a inclusão da subvenção econômica na base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica. A Corte Superior entendeu que o imposto estadual, nos termos dos arts. 12, XII, e 13, VII e § 1º, da Lei Complementar n. 87/96, incide sobre o valor total da operação, incluindo o da subvenção, porquanto este integra o preço final da tarifa de energia elétrica.

O recorrente alega violação aos arts. 5º, XXXV, LIV e LV; 93, IX; 150, I, III, a e b; 151, III; 155, II e § 3º; 175, da Constituição, além do art. 34, § 9º, do ADCT.

DAS ALEGAÇÕES DE NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO

O requerente sustenta que houve afronta direta aos arts. 5º, LIV e

LV, e 93, IX da CF/88 pois, ao julgar os embargos de declaração, o Superior Tribunal de Justiça deixou de sanar contradições e omissões relevantes expressamente apontadas, bem como deixou de abordar os dispositivos constitucionais pertinentes (arts. 5º, II; 150, I e III, “a” e “b”; 151, III; 155, II e §3º; 175 da CF, e art. 34, §9º, do ADCT). Argumenta que o STJ limitou-se a afirmar inexistirem vícios no acórdão embargado, sem enfrentar as teses suscitadas, o que configuraria nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional.

Afirma contradição consistente em equiparar a subvenção econômica instituída pela Lei 10.604/2002 a uma “receita alternativa” prevista no art. 11 da Lei 8.987/1995. Tal enquadramento seria equivocado, pois a subvenção não decorre de contrato de concessão ou de edital de licitação, mas de política pública, criada por lei, destinada a recompor o equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias após a unificação dos critérios de classificação de consumidores de baixa renda. Assim, não se trataria de receita acessória, mas de indenização pelas perdas sofridas, sendo indevida sua inclusão na base de cálculo do ICMS.

Sustenta ainda que o acórdão embargado incorreu em contradição ao afirmar que a exclusão dessa subvenção da base de cálculo do imposto configuraria isenção heterônoma, uma vez que não houve redução da tarifa paga pelos consumidores. Argumenta, ademais, que o Estado não detém “direito adquirido” à arrecadação de ICMS, como se ao Poder concedente fosse vedada a redução de tarifas.

Aponta também omissão quanto ao fato gerador do imposto, pois a subvenção é paga após a entrega da energia elétrica, o que afastaria sua sujeição ao ICMS, cujo fato gerador ocorre no momento da saída da mercadoria, nos termos do art. 12, I, da LC 87/1996. Assim, admitir a tributação sobre valores recebidos posteriormente implicaria alterar o critério temporal do imposto, o que é vedado pela legislação.

Por fim, sustenta omissão no ponto referente à cobrança retroativa do tributo, já que “o v. aresto consignou que o imposto é devido sobre a subvenção econômica desde o seu implemento pela Lei n. 10.604/02 (fl. e-STJ 1336), ignorando o fato do Decreto 49.546 [que regulamentou a cobrança] só ter sido editado em 2005”.

Diante disso, requer a nulidade do acórdão dos embargos de declaração e, subsidiariamente, o prequestionamento das matérias constitucionais para fins de conhecimento do recurso extraordinário.

Entendo que as presentes alegações de violação à Constituição Federal, notadamente aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não merecem acolhida.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que tais matérias, quando dependentes da análise de normas infraconstitucionais, não possuem repercussão geral, por veicularem ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, salvo situações excepcionais não demonstradas no presente caso. É o que se extrai do julgamento do ARE 748.371-RG/MT (Tema 660), Rel. Min. Gilmar Mendes.

No mesmo sentido, ao apreciar a questão de ordem no AI 791.292-QO-RG/PE (Tema 339), o Plenário do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que o art. 93, IX, da Constituição exige fundamentação das decisões judiciais, ainda que sucinta, mas não impõe a análise pormenorizada de todos os argumentos. O que se exige é que o juízo ou tribunal demonstre, de forma adequada, as razões que sustentaram a conclusão adotada, o que se faz presente no acórdão recorrido.

Assim, no caso concreto, não se vislumbra violação ao dever constitucional de fundamentação nem aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, razão pela qual rejeito o pedido neste sentido.

Cumpre, agora, examinar o mérito da questão constitucional com repercussão geral reconhecida.

MÉRITO

Quanto ao mérito, discute-se nos autos a constitucionalidade da inclusão do valor da subvenção econômica, instituída pela Lei federal 10.604/2002 e paga pela União às concessionárias de energia elétrica, na base de cálculo do ICMS incidente sobre energia elétrica, à luz dos artigos 5º, II; 150, I e III, a e b; 151, III; 155, II e § 3º; e 175, todos da Constituição Federal; e do artigo 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

Conforme relatado, o Superior Tribunal de Justiça entendeu, no acórdão recorrido, que:

3. 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.

Os dispositivos constitucionais alegadamente violados pelo acórdão recorrido dispõem o seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos

estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

[...]

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

[...]

Art. 151. É vedado à União:

[...]

III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

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;

[...]

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.¹

[...]

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.

ADCT

Art. 34. [...]

§ 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.

¹ Depois de interposto o presente recurso extraordinário, a Emenda Constitucional nº 132/2023, deu a seguinte redação ao dispositivo, para compatibilizá-lo com as inovações trazidas pela Reforma Tributária sobre o consumo: “§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e os arts. 153, I e II, e 156-A, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica e serviços de telecomunicações e, à exceção destes e do previsto no art. 153, VIII, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 132, de 2023)

A questão central dos autos reside em saber se o entendimento corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual **a subvenção paga pela União integra o “valor da operação” de venda de energia elétrica para consumidores de baixa renda**, incorporando-se à base de cálculo do ICMS, encontra respaldo na disciplina constitucional do imposto.

DA IDENTIDADE COM A CAUSA DE PEDIR DA ADI 3.973, DA
RELATORIA DO MINISTRO LUIZ FUX

De início, é de se reconhecer que a causa de pedir do presente Tema de Repercussão Geral guarda similaridade com a causa de pedir formulada na ADI 3.973, da relatoria do Ministro Luiz Fux, cujo julgamento se encontra suspenso por pedido de vista.

Naqueles autos, discute-se 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 já proferido pelo Relator da referida ADI, Ministro 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.**

No caso em exame, conforme relatado, discute-se a possibilidade de o Estado de São Paulo, com fundamento nos arts. 12, XII, e 13, VII e § 1º, da Lei Complementar Federal n. 87/96, bem como no Convênio ICMS n. 79/2004, incorporado ao ordenamento paulista pelo Decreto n. 49.546/05, submeter à incidência do ICMS as parcelas recebidas a título dessa mesma subvenção econômica. Examina-se, adicionalmente, quanto às parcelas recebidas antes da edição do Convênio, se seria admissível a cobrança do tributo, sem a incidência de juros e multa de mora.

Nota-se, portanto, que ainda que não se verifique, a rigor, a 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.

Recomenda-se, portanto, o julgamento conjunto do presente feito e da ADI 3.973, nos termos do § 3º do art. 55 do CPC.

DA SUBVENÇÃO ECONÔMICA PAGA PELA UNIÃO ÀS
CONCESSIONARIAS E PERMISSONÁRIAS 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.

No voto proferido na ADI 3.973, o Ministro Luiz Fux cita trabalho da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados que demonstra essa peculiaridade da sistemática anterior:

Conforme escreve Francisco 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 ANEEL².

² Lei 10.438/2002. Art. 1º Os custos, inclusive de natureza operacional, tributária e administrativa,

A partir do advento desse novo critério, constatou-se aumento expressivo do número de consumidores residenciais elegíveis para o benefício tarifário³, 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. 5º⁴.

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

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)

³ Vide Nota Informativa ANEEL, doc. 13, p. 30

⁴ Lei 10.604/2002. Art. 5º. Fica autorizada a concessão de subvenção econômica com a finalidade de contribuir para a modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica aos consumidores finais integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda a que se refere a Lei no 10.438, de 2002, com efeito a partir da data de sua publicação.

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 vigorantes 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”⁵.

⁵ Art. 13. Fica criada a Conta de Desenvolvimento Energético - CDE visando ao desenvolvimento

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 ANEEL⁶, 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.

Bem delimitadas as características da subvenção em apreço, passo a expor o entendimento manifestado pelo Ministro Luiz Fux no voto já lançado na ADI 3.973, que aborda a mesma questão jurídica.

O VOTO DO MINISTRO LUIZ FUX NA ADI 3.973

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

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)

⁶ O art. 2º, parágrafo único, define o cálculo da DMR - Diferença Mensal de Receita.

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 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.

O Ministro Luiz Fux, portanto, votou no sentido de julgar aquela ação direta de inconstitucionalidade procedente, para declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do dispositivo impugnado, “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”.

Pois bem.

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

Consideradas, com a devida ponderação, todas as manifestações jurídicas constantes dos autos, concluo que a subvenção em tela não é alcançada pela hipótese de incidência do ICMS e que os valores repassados pela União às concessionárias a esse título não integram a base de cálculo do imposto.

Nos termos do art. 155, II, da Constituição Federal, 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 dispõem 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 [...]”⁷ (art. 12, I). No que interessa ao presente caso, trata-

⁷ 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

se do fornecimento de energia elétrica.

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.⁸

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**

⁸ 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.

altera a natureza jurídica regulatória.

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 (doc. 13, p. 181), *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. 87/96⁹.

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

⁹ 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;

assegurar a observância de princípio basilar que rege as relações jurídico-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 Antônio Carraza, em parecer juntado aos autos (doc. 5, fls. 14):

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, 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.

Ao incluir a subvenção econômica do art. 5º da Lei n. 10.604/2002 na base de cálculo do ICMS devido pelas concessionárias de energia elétrica, o Estado de São Paulo violou os artigos 155, § 2º, II e § 3º da Constituição Federal e 34, § 9º do ADCT.

DISPOSITIVO E TESE

Ante o exposto, conheço em parte e, nessa extensão, **dou provimento** ao recurso extraordinário interposto pelo Sindicato da Indústria da Energia no Estado de São Paulo – SIESP, reformando o acórdão recorrido a fim de conceder a segurança para afastar a incidência de ICMS sobre as parcelas de subvenção econômica recebidas pelas distribuidoras de energia elétrica filiadas ao Recorrente em decorrência da alteração do critério de classificação do consumidor de baixa renda pela Lei nº 10.438/02. Prejudicado o recurso extraordinário com agravo.

Proponho a seguinte tese de julgamento para o Tema 1113 da Repercussão Geral: “Não incide ICMS sobre a subvenção econômica destinada à modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica aos consumidores finais integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda a que se refere a Lei no 10.438, de 2002”.

RE 990115 / SP

É como voto.