

Suspensão julgamento de ICMS em venda de energia no mercado livre

123RF



Julgamento da ADI foi suspenso, após pedido de vista de Ricardo Lewandowski
123RF

O Plenário do Supremo Tribunal Federal retomou nesta quarta-feira (9/9) o julgamento de ação em que se discute a constitucionalidade de decreto do governo de São Paulo que centralizou nas distribuidoras de energia elétrica a cobrança do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS) devido sobre a comercialização no mercado livre, em vez de cobrá-lo diretamente das comercializadoras.

No entanto, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.281 foi novamente suspenso em razão do pedido de vista do ministro Ricardo Lewandowski. Até o momento, foram proferidos quatro votos pela inconstitucionalidade da norma e um pela sua constitucionalidade.

A Associação Brasileira dos Agentes Comercializadores de Energia Elétrica (Abraceel), autora da ação, questiona dispositivos do Decreto estadual 45.490/2000 de São Paulo (com redação dada pelo Decreto 54.177/2009). Segundo a associação, a inovação trazida pelo decreto institui regime de substituição tributária “lateral” não previsto em lei, em que o estado disponibiliza ao agente de distribuição o preço praticado pelos agentes vendedores de energia no Ambiente de Contratação Livre.

Em agosto de 2011, quando o julgamento foi iniciado, a relatora, ministra Ellen Gracie (aposentada), entendeu que o decreto é inconstitucional, pois a norma inovou ao estabelecer substituição do responsável pelo recolhimento do ICMS (as distribuidoras, em vez das comercializadoras) sem expressa previsão em lei. Foi acompanhada, posteriormente, pela ministra Cármen Lúcia.

Divergência

A sessão teve início com o voto-vista do ministro Alexandre de Moraes, que abriu divergência, ao afastar a tese de usurpação de competência legislativa. Segundo ele, o decreto não invadiu a autoridade da União para legislar sobre exploração de energia elétrica, mas apenas regulamenta que os estados membros podem fixar a forma de responsabilizar o devedor tributário para o recolhimento de ICMS.

A respeito do substituto tributário, o ministro ressaltou que o artigo 128 do Código Tributário Nacional autoriza a lei a atribuir responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, bastando que essa esteja vinculada ao fato gerador da obrigação. No caso concreto, a seu ver, o vínculo da distribuidora com as demais fases da operação física do ciclo econômico da energia elétrica é objetivamente inafastável, seja

no mercado de comercialização regulada, seja no de comercialização livre. “A distribuidora de energia elétrica integra fisicamente o ciclo e o processo de produção, comercialização e transmissão de energia elétrica”, disse.

Substituição tributária

Ao acompanhar o voto da relatora pela improcedência da ação, o ministro Luiz Edson Fachin enfatizou que, no ambiente de contratação livre de energia elétrica, a distribuidora não é parte da relação jurídica, que se dá exclusivamente entre o consumidor e a comercializadora.

O decreto, segundo Fachin, criou modalidade de substituição tributária não existente na própria Lei estadual 6.374/1989, sobre a instituição do ICMS, e contrariou a Constituição, ao impor um dever à distribuidora sem previsão em lei. Esta circunstância, na sua avaliação, vulnera o princípio da proporcionalidade. Ele explicou que o ônus imposto à comercializadora de informar o preço em que foi disponibilizada a energia mitiga a livre concorrência, pois os concorrentes do setor, sabendo o preço, operarão em vantagem competitiva. O ministro Luís Roberto Barroso votou no mesmo sentido.

Com informações da assessoria de imprensa do Supremo Tribunal Federal.

ADI 4.281

Date Created

10/09/2020