

Superior Tribunal de Justiça

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 2.566 - DF (2012/0056625-8)

REQUERENTE : AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL
PROCURADOR : INDIRA ERNESTO S QUARESMA E OUTRO(S)
REQUERIDO : DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE DO TRIBUNAL
REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO
IMPETRANTE : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE
ENERGIA ELÉTRICA - ABRADÉE
ADVOGADO : SÉRGIO BERMUDES E OUTRO(S)

DECISÃO

1. Os autos dão conta de que a Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica - Abradee impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor-Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel (fl. 172/188 e 129/167).

Lê-se na petição inicial:

"Este mandado de segurança volta-se contra os efeitos deletérios e ilegais decorrentes de ato do Diretor-Geral da Aneel, consubstanciado na Resolução Normativa nº 457, de 08.11.11, expedido por essa Agência com o objetivo de apropriar-se ilegitimamente do incentivo fiscal, concedido por lei, às concessionárias distribuidoras de energia elétrica com atuação nas áreas de influência da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste - Sudene e da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia - Sudam.

A finalidade da Resolução nº 457, de 08.11.11, é retirar, por via transversa, o incentivo fiscal concedido às distribuidoras de energia elétrica, sob o pretexto de 'assegurar que a taxa de remuneração líquida da concessionária corresponda àquela que a Agência definirá como adequada e necessária'. Com efeito, pretende a Aneel repassar o incentivo fiscal, concedido às distribuidoras de energia elétrica pela Receita Federal, para a tarifa de fornecimento de energia, de modo a atrair novas empresas e indústrias para a região, reduzindo a remuneração das distribuidoras.

Ocorre que o referido incentivo fiscal, concedido às distribuidoras, tem fundamento constitucional e em lei federal. Não cabe à Aneel apropriar-se do benefício, para, em contrariedade ao ordenamento jurídico, fazer sua política tarifária.

A Constituição Federal, em norma programática, prevê a 'concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País' (art. 151, I), pois a redução das 'desigualdades sociais e regionais' é um dos objetivos

Superior Tribunal de Justiça

fundamentais da República (CF, art. 3º, III).

Seguindo esses objetivos constitucionais, o Governo Federal editou as Leis nº 3.692/59, 3.995/61, 4.239/63, 9.532/97 e, finalmente, a Medida Provisória nº 2.199, de 24.8.01, com a redação dada pela Lei nº 11.196, de 21.11.05, e concedeu benefício fiscal para as empresas que se instalassem, ampliassem, modernizassem ou diversificassem seus investimentos e infraestruturas nas áreas de atuação da Sudam e da Sudene, desde que atendessem a certas exigências legais.

De acordo com a Lei nº 11.196/05, as empresas teriam direito 'à redução de 75% (setenta e cinco por cento) do imposto sobre a renda e adicionais, calculados com base no lucro da exploração (...)', pelo prazo de 10 (dez) anos, 'contado a partir do ano-calendário de início de sua fruição'.

Considerando esse benefício, várias associadas da impetrante investiram sobremaneira nessas áreas, na atividade de distribuição de energia elétrica, e ampliaram e modernizaram os serviços prestados.

Em contrapartida, após terem demonstrado à Secretaria da Receita Federal que preenchiam os requisitos legais (cf. art. 3º do Decreto nº 4.213/2002), essas associadas da impetrante obtiveram o benefício da redução da alíquota do imposto de renda.

A legalidade desse benefício fiscal foi reconhecida e respeitada nos ciclos de revisão tarifários anteriores. Só agora, no 3º ciclo, que está prestes a começar, a Aneel resolveu mudar as regras do jogo, apropriando-se do incentivo fiscal concedido por lei às distribuidoras, para beneficiar terceiros.

.....

Este mandado de segurança visa a evitar que, nos processos de revisões tarifárias de cada distribuidora de energia elétrica, relativas ao 3º ciclo de revisão tarifária, a Aneel se aproprie e subverta a finalidade do incentivo fiscal concedido às respectivas distribuidoras, transferindo-o para terceiros" (fl. 172/175).

O MM. Juiz da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal Dr. Novély Vilanova da Silva Reis deferiu o pedido liminar à base da seguinte motivação:

"Concedo a liminar para que a Aneel, com base em sua Resolução Normativa 457/2011, se abstenha de considerar 'no resultado do WACC ou da taxa de retorno a ser calculada na 3ª revisão tarifária periódica, o benefício fiscal das

Superior Tribunal de Justiça

respectivas distribuidoras que se situam na região da Sudam e da Sudene' - distribuidoras substituídas pela entidade associativa impetrante.

Esta medida se impõe em virtude da relevância do fundamento da impetração e do fundado receio de dano irreparável. A MP 2.199/01-14 estabelece que:

'Art. 1º Sem prejuízo das demais normas em vigor aplicáveis à matéria, a partir do ano-calendário de 2000, as pessoas jurídicas que tenham projeto protocolizado e aprovado até 31 de dezembro de 2013 para instalação, ampliação, modernização ou diversificação enquadrado em setores da economia considerados, em ato do Poder Executivo, prioritários para o desenvolvimento regional, nas áreas de atuação da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (Sudene) e da Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (Sudam), terão direito à redução de 75% (setenta e cinco por cento) do imposto sobre a renda e adicionais calculados com base no lucro da exploração.

...

§ 5º Nas hipóteses de ampliação e de modernização parcial do empreendimento, o benefício previsto neste artigo fica condicionado ao aumento da capacidade real instalada na linha de produção ampliada ou modernizada em, no mínimo:

...

II - cinquenta por cento, nos casos dos demais empreendimentos prioritários'.

Em princípio, é ilegal o critério adotado pela Resolução Normativa 457/2011 para o '3º ciclo de revisão tarifária periódica', estabelecendo que:

'i) a taxa de retorno das distribuidoras deverá ser calculada utilizando-se como critério metodológico o custo médio ponderado e capital (CMPC), incluindo os efeitos dos impostos sobre a renda;

ii) em razão da existência de concessionárias de distribuição de energia elétrica que pagam o imposto de renda e a contribuição social sobre o lucro líquido com alíquotas reduzidas - por força do benefício fiscal criado pela Ministério Público Federal 2.199/2011, o cálculo do custo médio ponderado de capital deveria considerar percentuais diferentes'.

Isso subverte ou anula o benefício tributário concedido

Superior Tribunal de Justiça

pela mencionada medida provisória. 'A adoção da metodologia de cálculo em debate, além de anular os efeitos econômicos do incentivo fiscal, serve de desestímulo aos investimentos, pois coloca as empresas em questão, numa situação de desvantagem em relação às distribuidoras de outras localidades'. Ademais, 'o incentivo não foi criado para estimular a prestação adequada de serviços, mas sim para que as distribuidoras investissem nas regiões subdesenvolvidas que ofereciam maior risco, de forma incrementar o desenvolvimento regional'" (fl. 170/171).

Seguiu-se pedido de suspensão de segurança perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, indeferido pelo respectivo Presidente Desembargador Federal Olindo Menezes (fl. 77/81).

Extrai-se da decisão o seguinte trecho:

"Deduz-se da simples leitura do preceito legal que foi concedido um incentivo fiscal oneroso, porque atrelado a investimentos realizados pelas empresas, em 'projeto protocolizado e aprovado até 31 de dezembro de 2013 para instalação, ampliação, modernização ou diversificação enquadrado em setores da economia considerados, em ato de Poder Executivo, prioritários para o desenvolvimento regional, nas áreas de atuação da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (Sudene) e da Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (Sudam)'.

Esse benefício, ex vi do disposto no art. 178 do CTN, expresso na redução de 75% (setenta e cinco por cento) do imposto sobre a renda e adicionais calculados com base no lucro da exploração, traduz uma situação jurídica constituída, integrante do patrimônio jurídico das empresas que fizeram os investimentos em setores da economia considerados, em ato de Poder Executivo, prioritários para o desenvolvimento regional, nas áreas de atuação da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (Sudene) e da Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (Sudam).

Noutros termos, o benefício não comporta reversão, nem mesmo de forma indireta (nem por isso menos eficaz), pela engenharia de custos praticada pela Aneel. Em razão disso, o argumento da Agência, de que impedir o repasse do incentivo fiscal para outras empresas instalarem-se na região comprometerá o desenvolvimento socioeconômico regional, não possui melhor lastro jurídico, tampouco se afeiçoa aos termos da Medida Provisória 2.199/2001-14.

É pacífica a jurisprudência no sentido de que as isenções, assim como as reduções, condicionadas e por prazo determinado, são irrevogáveis. É que, como dito acima, as isenções, em tais condições, possuem natureza onerosa, criando

Superior Tribunal de Justiça

uma relação bilateral entre Estado e contribuinte.

Esse entendimento está sedimentado na Súmula 544 do STF, editada em 03/12/1969, que dispõe: 'Isenções tributárias concedidas sob condição onerosa não podem ser livremente suprimidas'. O art. 178 do CTN, acima mencionado, estipula que 'A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104'.

A decisão da Aneel, de capturar os incentivos fiscais no cálculo da taxa de remuneração das distribuidoras de energia elétrica que atuam nas áreas da Sudam e da Sudene, ao que parece, anula ou ao menos reduz o favor tributário concedido pela Medida Provisória 2.199/2001-14, por prazo certo e preenchidas determinadas condições.

A alegada ofensa à ordem e à economia públicas, mesmo que ocorra na mera expressão fria e neutra dos números, não tem guarida na ordem jurídica, não podendo ser evitada em suspensão de segurança, que, a despeito de não julgar o mérito da questão, não pode, contudo, ser deferida sem um juízo mínimo de razoabilidade da tese de fundo.

O desenvolvimento socioeconômico regional não pode ser exigido a partir de redução nas tarifas energéticas, nem à custa de mitigação ou de revogação de benefício tributário anteriormente concedido no interesse governamental, sob pena de frustrar-se o escopo da norma instituidora do incentivo fiscal.

Os tributos são criados obviamente para ser cobrados. Por meio dos recursos arrecadados é que a Administração Pública financia a educação, a saúde, a segurança etc. Para atingir alguns objetivos metafiscais - a exemplo da promoção do desenvolvimento econômico de uma região -, o Executivo, dentro das suas opções políticas, pode abrir mão de parte da arrecadação tributária. Firmada a hipótese, como no caso - pelo menos pela leitura que o momento permite da temática - não será dado exigir que o investidor, que cumpriu os requisitos necessários à obtenção do favor fiscal, seja apenado com a assunção dos ônus da renúncia fiscal, pois a isso equivale o repasse de parte do benefício que recebeu aos seus consumidores" (fl. 80).

2. Sobreveio, então, o presente pedido de suspensão de segurança ajuizado pela Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel, alegando grave lesão à ordem administrativa e econômica (fl. 01/34).

A teor da petição:

Superior Tribunal de Justiça

"A Aneel está propondo o reequilíbrio de forma que aquilo que as distribuidoras recebem a título de tarifa para pagamento de suas despesas, inclusive com impostos, seja suficiente para pagar estes impostos. Este reequilíbrio tem que se dar tanto quando os custos com impostos aumentam como quando eles diminuem. É aqui que reside a distinção entre a política tarifária e a política tributária.

Fundamental notar, nessa linha de raciocínio, que a isenção do imposto de renda concedida pela medida provisória está intacta, para ser desfrutada pelas distribuidoras no momento em que o fato gerador do imposto de renda se perfectibilizar. Na composição da tarifa, os custos em geral, inclusive os tributários, são estimados com base na realidade do mercado, a partir de estudos técnicos específicos para um ambiente monopolista, e à luz da sistemática da tarifa pelo preço. A incidência efetiva do imposto, quando se perfectibilizar o fato gerador, observará as regras isentivas normalmente. Interessante observar que ainda pode ser que o fato gerador nem sequer ocorra. Tomemos por exemplo uma empresa mal administrada que amarga prejuízos. Nestas hipóteses não há que se falar em imposto de renda ou CSLL, tampouco haverá repasse de financeiros negativos para compensação tarifária.

.....

A decisão objeto da presente suspensão, além de baseada em premissas equivocadas, causa, a um só tempo, grave lesão à ordem administrativa e econômica e à ordem jurídica.

Isto porque implicará na interferência do Judiciário na definição das políticas para o setor elétrico, em especial na política tarifária, em prejuízo à competência conferida por lei ao Poder Executivo; ocasionará uma desorganização do segmento de distribuição, com prejuízos à realização do 3º ciclo de revisões tarifárias periódicas, sinalizando um acentuado risco regulatório e uma afronta à segurança jurídica e dará ensejo à prevalência dos interesses particulares das concessionárias substituídas pela impetrante, em detrimento dos consumidores de energia elétrica abrangidos pelas áreas de influência da Sudam/Sudene.

A manutenção da execução da liminar proferida pela 7ª Vara Federal de Brasília no mandado de segurança impetrado pela Abradee configura nítida ofensa ao exercício das funções da administração pelas autoridades constituídas, resultando em insegurança jurídica diante da definição de política tarifária diversa daquela prevista na lei.

Superior Tribunal de Justiça

O procedimento para revisão de tarifas a fim de se elaborar uma metodologia é muito específico e conta com diversas etapas.

.....

Desse histórico do ato invalidado liminarmente, vislumbra-se, pois, que a Aneel, ao estabelecer as regras das revisões tarifárias, o faz no exercício das prerrogativas que lhe foram atribuídas por leis regularmente emanadas do Poder Legislativo. Cabe ressaltar, também, que a definição dos critérios de revisão tarifária transcende o campo de conhecimento específico do Direito, tendo inúmeras vertentes da área econômica imbricada de especificidades inerentes ao setor elétrico. Correto, portanto, que a fixação dos referidos critérios técnicos esteja a cargo do Poder Executivo.

De fato, o estabelecimento de critérios relativos à revisão tarifária pelo Poder Judiciário, além de ocasionar inegável estado de insegurança, implicaria na interferência do Judiciário nas atribuições conferidas ao Executivo.

Cumprido, portanto, destacar que, permissa venia e com todas as homenagens que o Judiciário merece, a decisão liminar cuja execução se pretende ver suspensa, além de afrontar a lei e a Constituição, e assim a ordem jurídica, também importa em clara lesão à ordem administrativa, pois estabelece regras e critérios de revisão tarifária diversos daqueles previstos em lei e no contrato de concessão, fazendo prevalecer os interesses particulares das associadas da impetrante, em detrimento do interesse público.

Como visto, a decisão liminar impediu que a Aneel considerasse na taxa de retorno regulatório das distribuidoras a real alíquota de IRPJ a que fazem jus as distribuidoras das regiões da Sudam e Sudene. Impôs à Aneel a consideração de custos tributários inexistentes.

As revisões tarifárias, da forma como determinadas pela liminar, terão a taxa de retorno regulatório, que compõe a tarifa, elevada de 10,19% para 11,36%.

Por outro lado, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato que está para ser efetuado pela Aneel no 3º ciclo tarifário gerará uma economia de R\$ 157.000.000,00 (cento e cinquenta e sete milhões de reais) ao ano e R\$ 628.000.000,00 (seiscentos e vinte e oito milhões de reais) ao longo de 4 anos para os consumidores, residenciais e industriais das áreas de atuação da Sudam e da Sudene" (fl. 22/31).

3. No âmbito do pedido de suspensão, o foco está na potencialidade de lesão a um dos valores jurídicos tutelados

Superior Tribunal de Justiça

pela Lei nº 8.437, de 1992, no seu art. 4º, a saber: ordem, saúde, segurança e economia públicas. O reconhecimento de lesão grave a esses valores exige, no entanto, um juízo mínimo acerca da decisão judicial, porque sem a potencialidade do dano que resultará da reforma do *decisum* não é possível impedir a atuação jurisdicional. O dano só é potencial se tal juízo identificar a probabilidade da reforma do ato judicial.

No caso, este juízo mínimo está diante de duas posições:

- a da Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica - Abradee, para quem o cálculo da tarifa *sub judice* deve desconsiderar o incentivo fiscal, sob pena de retirar-lhe a efetividade; e

- a da Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel, para quem o aludido cálculo à base de uma alíquota irreal do imposto de renda embute no montante da tarifa um custo inexistente.

Salvo melhor entendimento, o litígio passa ao largo da relação tributária, interessando a este apenas os efeitos da alíquota privilegiada do imposto de renda no cálculo da tarifa de energia elétrica - alíquota que será a mesma seja qual for o resultado do julgamento do mandado de segurança.

O viés da Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel é outro; incumbe-lhe, como órgão regulador, fixar a tarifa de energia elétrica em montante que assegure o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Ela faltaria à sua missão se considerasse no respectivo cálculo uma oneração tributária que não existe, em prejuízo dos consumidores, elevando assim o chamado Custo Brasil.

Defiro, por isso, o pedido.

Comunique-se, com urgência.

Intimem-se.

Brasília, 10 de abril de 2012.

MINISTRO ARI PARGENDLER
Presidente