

Ofício n.º 135/2017-SCR/ANEEL

Brasília, 20 de outubro de 2017.

A Sua Excelência o Senhor
Álvaro Guimarães
Presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Redação
Assembleia Legislativa do Estado de Goiás
74115-900 Goiânia - GO

DÊ-SE CIÊNCIA AOS SENHORES
DEPUTADOS

DATA 29, 11, 2017

Assunto: Resposta ao Ofício n.º 26/2017-C.C.J.R.

Senhor Presidente,

1. Em atenção ao Ofício n.º 26/2017-C.C.J.R., por meio do qual V.Ex.^a solicita parecer técnico desta Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL acerca do Projeto de Lei n.º 173, de 26 de abril de 2017, que revoga a Lei Estadual n.º 19.473, de 3 de novembro de 2016, remetemos, anexo, o parecer da Procuradoria Federal junto à ANEEL sobre o assunto.

2. Sendo o que havia para o momento, colocamo-nos à disposição para outros esclarecimentos que se façam necessários.

Respeitosamente,

ALEX SANDRO FEIL
Superintendente de Comunicação e Relações Institucionais





ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA
ELÉTRICA
COORDENADORIA DE OUTORGAS E TARIFAS

PARECER n. 00483/2017/PFANEEL/PGF/AGU

NUP: 48574.001650/2017-51

INTERESSADOS: ANEEL - PF - PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA

ASSUNTOS: ENERGIA ELÉTRICA

EMENTA: Direito Constitucional e Direito Tributário. Consulta a respeito da constitucionalidade e juridicidade do Projeto de Lei do Estado de Goiás nº 173, de 26 de abril de 2017, que revoga a Lei Estadual nº 19.473, de 3 de novembro de 2016.

I - A isenção ou o benefício de ICMS, bem como sua revogação, ficam subordinados à deliberação dos Estados e do Distrito Federal por intermédio do Confaz, nos termos do art. 155, inciso II, § 2º, alínea “g” da Constituição c/c art. 1º da LC nº 24/1975. O ente federativo tem autonomia para aderir ou não a um convênio, mas depois de sua adesão e incorporação ao direito interno por meio de lei ou decreto legislativo, não pode voltar atrás e revoga-lo durante a vigência do convênio.

II - A constitucionalidade e juridicidade do PL Estadual nº 173/2017 dependerá do início de sua vigência, uma vez que somente poderá produzir efeitos depois do término da vigência do Convênio ICMS 85/04.

III – Incompetência da Aneel para imiscuir-se nas relações jurídicas existentes entre as concessionárias e os fiscos federal, estadual e/ou municipal, cabendo à Secretaria de Estado da Fazenda do Estado de Goiás a análise de cunho fiscal e econômico do PL Estadual nº 173/2017.

I – RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta encaminhada pela Superintendência de Comunicação e Relações Institucionais – SCR, via Memorando nº 141/2017 – SCR/ANEEL, de 4 de outubro de 2017, a respeito do Projeto de Lei do Estado de Goiás nº 173, de 26 de abril de 2017, que revoga a Lei Estadual nº 19.473, de 3 de novembro de 2016, que institui a política estadual para manutenção, melhoria e ampliação da distribuição de energia elétrica no Estado de Goiás e dá outras providências.

2. A Lei Estadual nº 19.473/2016 concede benefício de Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS à CELG Distribuição S.A. – CELG D ou eventual empresa sucessora até 7 de julho de 2045. O PL Estadual nº 173/2017 objetiva revogar a referida lei sob as seguintes justificativas: (i) o Estado deveria estar arrecadando e não abrindo mão de receitas em razão da crise financeira; e (ii) a empresa que adquiriu a CELG D, a italiana Enel, terá lucros altíssimos, uma vez que a CELG D é monopolista.

3. Destaquem-se os seguintes dispositivos da Lei Estadual nº 19.473/2016:

Art. 2º À empresa que aderir à política energética para manutenção, melhoria e ampliação da distribuição de energia elétrica no Estado de Goiás será concedido crédito outorgado do ICMS, a ser apropriado na escrita fiscal e compensado com os débitos de ICMS do contribuinte aderente, conforme autorizado pelo Convênio ICMS 85/2004, mediante termo de acordo de regime especial a ser celebrado com a Secretaria de Estado da Fazenda.

Parágrafo único. Em relação à empresa CELG Distribuição S.A. - CELG D -, o crédito outorgado a que se refere o caput deste artigo corresponderá aos valores das obrigações de qualquer natureza, provenientes dos passivos contenciosos administrativos e judiciais, ainda que não escriturados, da referida empresa, decorrentes de decisões de autoridades administrativas para as quais não haja mais recurso, bem como de decisões judiciais transitadas em julgado e/ou acordos judiciais ou extrajudiciais homologados judicialmente, cujos fatos geradores tenham ocorrido até 27 de janeiro de 2015.

Art. 5º Para a CELG Distribuição S.A. - CELG D -, o prazo para o aproveitamento do crédito outorgado em questão será até o dia 7 de julho de 2045, conforme dispuser o Termo de Acordo de Regime Especial celebrado com a Secretaria de Estado da Fazenda.

Art. 6º O regime especial previsto nesta Lei estende-se a qualquer empresa que eventualmente venha a suceder a CELG Distribuição S.A. -CELG D- em razão de eventos societários, como fusões, incorporações, transformações e cisões, desde que a empresa sucessora siga os trâmites e cumpra as condições aqui previstas.

(Grifos nossos)

4. A Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, por meio do Ofício nº 26/2017 – CCJR, de 12 de setembro de 2017, solicitou parecer técnico da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel e da Secretaria de Estado da Fazenda, bem como manifestação da CELG D. À Aneel coube se pronunciar sobre a Lei Estadual nº 19.473/2016 e a respeito da existência de outros casos de concessão de benefício de ICMS às empresas vencedoras dos leilões de privatização no setor elétrico.

5. É o breve relatório. Passa-se à análise.

II - ANÁLISE

II.1 - Da Carência de Instrução Processual

6. Os autos foram encaminhados para análise desta Procuradoria pela SCR, embora não tenham sido instruídos com prévia manifestação da área técnica, conforme prescrito nos arts. 8º, 10 e 11 da Portaria nº 526, de 26 de agosto de 2013, da Procuradoria-Geral Federal – PGF, *in verbis*:

Art. 8º O encaminhamento de consulta jurídica também ocorrerá quando houver dúvida jurídica a ser dirimida formalmente pelos órgãos de execução da PGF, que se relacione com as competências institucionais da autarquia ou da fundação pública federal respectiva.

Art. 10. Os autos administrativos deverão ser instruídos com prévia manifestação do órgão consulente e demais órgãos competentes para se pronunciar sobre o objeto da consulta, além de outros documentos necessários à elucidação da questão jurídica suscitada.

Art. 11. Caberá ao órgão de execução da PGF competente recomendar ao órgão máximo da autarquia ou fundação pública federal que a consulta jurídica de que trata o artigo 8º desta Portaria seja encaminhada, preferencialmente, com formulação de quesitos que se relacionem com situações concretas, seguindo o modelo de formulário constante no Anexo desta Portaria.

(Grifos nossos)

7. Nos termos da Portaria nº 349, de 28 de novembro de 1997, do Ministério de Minas e Energia – MME, que aprova o regimento interno da Aneel, deveriam ter sido solicitadas manifestações técnicas da Superintendência de Concessões, Permissões e Autorizações de Transmissão e Distribuição – SCT e da Superintendência de Regulação dos Serviços de Distribuição – SRD, por serem as unidades competentes para instrução técnica e econômica dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica com vistas à sua manutenção, melhoria e ampliação.

8. Apenas na hipótese de existência de dúvida jurídica a ser dirimida formalmente pelos órgãos de execução da PGF, que se relacione com as competências institucionais da autarquia, mediante prévia formulação dos quesitos que pretende sejam esclarecidos ou indicação dos aspectos os quais a unidade consulente pretende sejam analisados, e depois de prévia manifestação técnica, o processo está apto para envio à Procuradoria, em atenção aos dispositivos retro citados da Portaria PGF nº 526/2013.

II.2 – Da Incidência do ICMS sobre a Circulação de Energia

9. Superada a preliminar a respeito da falta de instrução processual pela área técnica, e mesmo diante da inexistência dúvida jurídica a ser dirimida pela Procuradoria, podemos prestar os seguintes esclarecimentos a respeito da Lei Estadual nº 19.473/2016, de forma a subsidiar eventual relatório final da alçada do Deputado Estadual Álvaro Guimarães.

10. A Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, dispõe sobre os convênios para a concessão e revogação de isenções de ICMS, nos seguintes termos:

Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiros, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.

Art. 7º - Os convênios ratificados obrigam todas as Unidades da Federação inclusive as que, regularmente convocadas, não se tenham feito representar na reunião.

(Grifos nossos)

11. A LC nº 24/1975 foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 que dispõe sobre o ICMS no art. 155, inciso II, e §§ 2º e 3º, *in verbis*:

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;

.....

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

.....

XII - cabe à lei complementar:

a) definir seus contribuintes;

b) dispor sobre substituição tributária;

c) disciplinar o regime de compensação do imposto;

d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços;

e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, "a"

f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias;

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b;

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço.

§ 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.

(Grifos nossos)

12. A matéria ainda é regulada pela Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, cabendo destacar os seguintes dispositivos:

Art. 1º Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre 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.

Art. 2º O imposto incide sobre:

.....

§ 1º O imposto incide também:

.....

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

.....

Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.

.....

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

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

I - ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subsequentes;

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a

produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

§ 2º Nas operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente na operação será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente.

(Grifos nossos)

13. Diante desse panorama legislativo, percebe-se que a energia elétrica, no regime tributário brasileiro, é considerada uma mercadoria (um produto, um bem móvel) e não propriamente um serviço, fazendo-se que sobre a sua circulação incida o ICMS, nos termos do § 3º do art. 155 da Constituição. O imposto deverá ser pago pela empresa distribuidora de energia elétrica, na condição de substituto tributário, remetente da mercadoria para o destinatário ou consumidor final, nos termos do art. 9º, § 1º, inciso II, e § 2º da LC nº 87/1996.

14. Essa configuração tributária não é nova. O § 9º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT estabeleceu que até que lei complementar viesse dispor sobre a matéria, as concessionárias de distribuição de energia elétrica seriam responsáveis pelo recolhimento do ICMS nas operações de circulação de energia, o que foi mantido pela LC nº 87/1996, conforme visto nos itens 12 e 13. Eis o dispositivo do ADCT:

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

.....
 § 9º Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação.

15. Como regra, o recolhimento do ICMS nas operações de energia elétrica é realizado mediante diferimento da obrigação tributária decorrente da comercialização de energia elétrica da geradora para a distribuidora, e desta para o consumidor final. Ou seja, a tributação é feita sobre o fornecimento final (distribuidora/consumidor final), ocorrendo a denominada substituição tributária (hipótese em que a distribuidora é responsável pelo recolhimento do ICMS da operação posterior – de distribuição ao consumidor final). Assim, o ICMS é um imposto arcado pelo consumidor final, chamado de contribuinte de fato, pois é ele quem paga, de fato, o tributo, pois o ICMS é repassado como um custo inerente ao bem energia elétrica.

II.3 – Da Concessão e Revogação de Isenções e Benefícios de ICMS

16. Feitos esses esclarecimentos iniciais a respeito da incidência de ICMS sobre as operações relativas a energia elétrica, voltemos à questão da possibilidade de concessão e revogação de isenções e benefícios desse imposto. Depreende-se do art. 155, inciso II, § 2º, alínea “g” da Constituição c/c art. 1º da LC nº 24/1975 que a isenção ou o benefício de ICMS, bem como sua revogação, ficam subordinados à deliberação dos Estados e do Distrito Federal. Essa deliberação é feita por intermédio do Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz – órgão com representantes de cada Estado e do Distrito Federal, indicados pelo respectivo Chefe do Executivo. O Confaz não é órgão do Legislativo e suas deliberações, por meio de convênios, não são lei. Daí a necessidade de ratificação das deliberações do Confaz pelas Assembleias Legislativas dos Estados e do Distrito Federal[1]. Somente mediante convênio firmado pelo Confaz e ratificado pelas Assembleias Legislativas Estaduais e Distrital poderão ser concedidos ou revogados isenções, incentivos e benefícios em matéria de ICMS.

17. No caso ora em análise, a Lei Estadual nº 19.473/2016 está amparada pela deliberação do Confaz firmada no Convênio ICMS 85/04, *in verbis*:

CONVÊNIO ICMS 85/04

Autoriza a concessão de crédito presumido de ICMS para a execução de programas sociais e projetos relacionados à política energética das unidades federadas.

O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 115ª reunião ordinária, realizada em Aracaju, SE, no dia 24 de setembro de 2004, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, resolve celebrar o seguinte

CONVÊNIO

Cláusula primeira Ficam os Estados de Santa Catarina e Goiás autorizados a conceder crédito presumido do ICMS às empresas a seguir indicadas, estabelecidas nos seus respectivos territórios, a ser apropriado mensalmente, não podendo exceder, em cada ano, a 40% (quarenta por cento) do imposto a recolher do mesmo período:

I - à Celesc Distribuição S.A., inscrita no CNPJ 08.336.783/0001-90;

II - à Celg Distribuição S.A., inscrita no CNPJ 01.543.032/0001-04.

§ 1º O valor resultante do benefício de que trata o caput deverá ser aplicado:

I - na execução do Programa Luz para Todos, em programas sociais relacionados a universalização de disponibilização da energia;

II - no Fundo Estadual de Saúde previsto na Lei nº 5.254, de 27 de setembro de 1976;

III - no Fundo de Desenvolvimento Social - FUNDOSOCIAL, previsto na Lei 13.334, de 28 de fevereiro de 2005, cujo valor poderá ser aplicado em programas de educação especial ou na reeducação e reinserção social;

V - em projetos relacionados à política energética das unidades federadas.

§ 2º O disposto nos incisos II e III do § 1º desta cláusula não se aplicam ao Estado de Goiás.

Cláusula segunda A fruição do benefício previsto neste convênio fica condicionada ao cumprimento dos requisitos estabelecidos na legislação estadual, que poderá, inclusive, estabelecer limite ao valor a ser apropriado em cada ano.

Cláusula terceira Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional, produzindo efeitos até 31 de dezembro de 2007, ficando revogado o Convênio ICMS 25/04, de 2 de abril de 2004.

(Grifos nossos)

18. O Convênio ICMS 85/04 foi prorrogado pelo Confaz até 31 de dezembro de 2017 pela cláusula quarta do Convênio ICMS 116, de 11 de outubro de 2013. Vejamos:

CONVÊNIO ICMS 116, DE 11 DE OUTUBRO DE 2013

O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 151ª reunião ordinária, realizada em Fortaleza, CE, no dia 11 de outubro de 2013, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, resolve celebrar o seguinte:

CONVÊNIO

.....
Cláusula quarta Ficam prorrogadas até 31 de dezembro de 2017, as disposições contidas no Convênio ICMS 85/04, 24 de setembro de 2004, que autoriza o Estado de Santa Catarina a conceder crédito presumido para a execução do Programa Luz para Todos.

19. Assim, pelo menos até o final deste ano, existindo a possibilidade de nova prorrogação pelo Confaz, há amparo constitucional e legal para a concessão do benefício de ICMS à empresa que adquiriu a CELG D, sem adentrarmos na análise de cunho fiscal e econômico da competência da Secretaria de Estado da Fazenda do Estado do Goiás.

20. Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF[2], seguida pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, a instituição de benefícios fiscais relativos ao ICMS só pode ser realizada com base em convênio interestadual, de forma a evitar a Guerra Fiscal[3] entre os diferentes entes federativos, daí a redação do art. 1º, *caput*, da LC nº 24/1975, que exige “*convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal*”. Tanto a isenção, como quaisquer outros benefícios e incentivos se submetem ao mesmo regime jurídico: necessidade de prévia deliberação dos Estados e do Distrito Federal por meio de convênio interestadual, tendo em vista o disposto no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição, c/c art. 1º da LC nº 24/1975.

21. O STF, ao apreciar a LC nº 24/1975, considerou-a recepcionada pela Constituição de 1988, desde que seja interpretada em consonância com os dispositivos constitucionais retro citados. Eis os seguintes julgados:

E M E N T A: ICMS – “GUERRA FISCAL” – CONCESSÃO UNILATERAL DE ISENÇÕES, INCENTIVOS E BENEFÍCIOS FISCAIS – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA RESERVA CONSTITUCIONAL DE CONVÊNIO COMO PRESSUPOSTO LEGITIMADOR DA OUTORGA, PELO ESTADO-MEMBRO OU PELO DISTRITO FEDERAL, DE TAIS EXONERAÇÕES TRIBUTÁRIAS – PERFIL NACIONAL QUE QUALIFICA A ESTRUTURA JURÍDICO-NORMATIVA DO ICMS – A EXIGÊNCIA DE CONVÊNIO INTERGOVERNAMENTAL COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DE

EXONERAÇÃO FISCAL DO ESTADO-MEMBRO/DISTRITO FEDERAL EM TEMA DE ICMS – RECEPÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 24/75 PELA VIGENTE ORDEM CONSTITUCIONAL – O SIGNIFICADO DA IMPRESCINDIBILIDADE DO CONVÊNIO INTERESTADUAL NA OUTORGA DE ISENÇÕES, INCENTIVOS E BENEFÍCIOS FISCAIS REFERENTES AO ICMS – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – INSTITUIÇÃO, PELO ESTADO DE SÃO PAULO, DE REGIME DIFERENCIADO DE TRIBUTAÇÃO EM MATÉRIA DE ICMS QUE CULMINA POR INSTAURAR SITUAÇÃO DE APARENTE “COMPETIÇÃO FISCAL INCONSTITUCIONAL” LESIVA AO ESTADO DO AMAZONAS E A SEU POLO INDUSTRIAL – MEDIDAS QUE SE REFEREM À PRODUÇÃO DE “TABLETS” – POSSÍVEL TRANSGRESSÃO, PELOS DIPLOMAS NORMATIVOS PAULISTAS, AO ART. 152 DA CONSTITUIÇÃO, QUE CONSAGRA O “PRINCÍPIO DA NÃO-DIFERENCIAÇÃO TRIBUTÁRIA” – PRECEDENTE DO STF – MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ICMS – “GUERRA FISCAL” – CONCESSÃO UNILATERAL DE INCENTIVOS E BENEFÍCIOS DE ORDEM TRIBUTÁRIA – INADMISSIBILIDADE – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE CONVÊNIO – A existência de convênios interestaduais celebrados em atenção e em respeito à cláusula da reserva constitucional de convênio, fundada no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição da República, traduz pressuposto essencial legitimador da válida concessão, por Estado-membro ou pelo Distrito Federal, de benefícios, incentivos ou exonerações fiscais em tema de ICMS. – Revela-se inconstitucional a concessão unilateral, por parte de Estado-membro ou do Distrito Federal, sem anterior convênio interestadual que a autorize, de quaisquer benefícios tributários referentes ao ICMS, tais como, exemplificativamente, (a) a outorga de isenções, (b) a redução de base de cálculo e/ou de alíquota, (c) a concessão de créditos presumidos, (d) a dispensa de obrigações acessórias, (e) o diferimento do prazo para pagamento e (f) o cancelamento de notificações fiscais. Precedentes. INCONSTITUCIONALIDADES NÃO SE COMPENSAM – A outorga unilateral, por determinado Estado-membro, de benefícios de ordem tributária em tema de ICMS não se qualifica, porque inconstitucional, como resposta legítima e juridicamente idônea à legislação de outro Estado-membro que também se revele impregnada do mesmo vício de inconstitucionalidade e que, por resultar de igual transgressão à cláusula constitucional da reserva de convênio, venha a provocar desequilíbrios concorrenciais entre referidas unidades federadas, assim causando gravame aos interesses do Estado-membro alegadamente prejudicado. É que situações de inconstitucionalidade, porque reveladoras de gravíssima transgressão à autoridade hierárquico-normativa da Constituição da República, não se compensam entre si. Precedente.

(ADI 4635 MC-AgR-Ref, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 11-02-2015 PUBLIC 12-02-2015)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO. LEI PARAENSE N. 6.489/2002. AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA O PODER EXECUTIVO CONCEDER, POR REGULAMENTO, OS BENEFÍCIOS FISCAIS DA REMISSÃO E DA ANISTIA. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA ABSOLUTA DE LEI FORMAL. ART. 150, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A adoção do processo legislativo decorrente do art. 150, § 6º, da Constituição Federal, tende a coibir o uso desses institutos de desoneração tributária como moeda de barganha para a obtenção de vantagem pessoal pela autoridade pública, pois a fixação, pelo mesmo Poder instituidor do tributo, de requisitos objetivos para a concessão do benefício tende a mitigar arbítrio do Chefe do Poder Executivo, garantindo que qualquer pessoa física ou jurídica enquadrada nas hipóteses legalmente previstas usufrua da benesse tributária, homenageando-se aos princípios constitucionais da impessoalidade, da legalidade e da moralidade administrativas (art. 37, caput, da Constituição da República). 2. A autorização para a concessão de remissão e anistia, a ser feita “na forma prevista em regulamento” (art. 25 da Lei n. 6.489/2002), configura delegação ao Chefe do Poder Executivo em tema inafastável do Poder Legislativo. 3. Ação julgada procedente. (ADI 3462, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011 EMENT VOL-02464-01 PP-00042 RTJ VOL-00219-01 PP-00163)

(Grifos nossos)

22. Cabe destacar também a valiosa observação de Eduardo Sabbag, em seu Manual de Direito Tributário, sobre isenção tributária:

“É cediço que o poder de isentar ou anistiar é correlato ao poder de criar tributos ou exigir penalidade, devendo haver uma simetria no plano da competência tributária, na esteira dos binômios ‘instituir-isentar’ ou ‘instituir-anistiar’. Não é à toa que Kiyoshi Harada enfatiza, com acerto: ‘Sabido e ressabido que o poder de isentar é corolário do poder de tributar. Só pode isentar quem tem o poder de tributar’. Assim, a União pode instituir os tributos federais e isentá-los, no plano da correlação lógica que se estabelece entre a competência privativa para instituir este gravame e idêntica competência para proceder legalmente à sua desoneração por meio da norma isencional. Desse modo, a matéria se liga umbilicalmente à temática da competência tributária.(...) (...) Com efeito, “a isenção em princípio, deve ser concedida por lei editada pela pessoa política competente para tributar”. Ademais, a lei que concede uma isenção deve ser específica, conforme o art. 150, § 6º, da CF. Logo, não se admite lei isentante geral, devendo a norma ou tratar apenas de isenção, ou versar sobre um imposto de maneira específica.”[4]

(Grifos nossos)

23. J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck esclarecem que qualquer concessão de isenção ou benefício fiscal, bem como sua revogação, somente poderão ser estabelecidas mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente a matéria, conforme prevê o art. 150, § 6º da Constituição:

“O objetivo do presente dispositivo é claramente impedir o uso indiscriminado e casuístico de isenções e benefícios fiscais. Trata-se de um limite formal ao poder de tributar. O constituinte entendeu que não apenas o poder de tributar pode ter o poder de destruir atividades econômicas, mas também o poder de isentar e, por isso, necessita de limites claros, como proteção do sistema de direitos fundamentais. O mal uso e o uso abusivo do poder de isentar distorce o mercado, a concorrência e cria uma rede de clientelismos e artificialismos que somente afetam a eficiência econômica em geral e a justiça em particular. Dessa forma, este dispositivo pretende se inserir em conjunto de outros dispositivos espalhados pelo texto constitucional que determinam os limites ao poder de isentar”.[5]

(Grifos nossos)

24. A respeito dos convênios para concessão ou revogação de isenção ou benefício fiscal, os renomados autores retro citados destacam a autonomia dos Estados e do Distrito Federal no que diz respeito a sua competência tributária, embora fiquem vinculados aos termos do convênio depois de sua ratificação pela respectiva Assembleia Legislativa. Nesses termos, o ente federativo tem autonomia para aderir ou não a um convênio, mas depois de sua adesão e incorporação ao direito interno, não pode voltar atrás e revoga-lo durante a vigência do convênio firmado no Confaz. Vejamos:

“O acordo de vontade firmado entre os estados não é manifestação para o interior, mas uma forma de manifestação entre iguais, com efeitos para o exterior, nas relações entre unidades autônomas que, conjugadas entre si, constituem o pacto federativo do País, ou como preferia Baleeiro, a unidade econômica do federalismo. A competência dos estados esgota-se, pois, na manifestação de vontade sobre aderir ou não aderir a um convênio. Uma vez procedida a adesão, esta torna-se vinculante em todos os seus termos, caso seja incorporado ao direito interno.

Conforme o regime vigente, ao firmar o Convênio e ratifica-lo internamente, queda-se o estado integralmente obrigado ao seu cumprimento, não podendo criar restrições de direitos, sob pena de gerar discriminação contra contribuintes em face daqueles localizados nos outros estados que igualmente tenham aderido ao Convênio.

Nesse sentido, todo Convênio é “impositivo” quanto ao dever de incorporação do seu inteiro teor, apesar de “autorizativos” ante à disponibilidade para ratificar ou não o seu inteiro teor.

(...)

É o mínimo de proteção constitucional a que o Estado obriga-se a preservar. Na sua feição de Estado Democrático de Direito, a reserva da proteção à confiança, é um mínimo inatacável. E como se isso não bastasse, como qualquer resistência à aplicação do

convênio em vigor, violam-se, ademais os princípios de moralidade e de impessoalidade.

Nenhuma lei interna pode promover, unilateralmente, regime diverso da isenção autorizada em convênio. Em vista disso qualquer convênio que cria isenção não poderá ser objeto de modificação interna, salvo naquilo que o Convênio autoriza".[6]

(Grifos nossos)

25. Destaque-se, ainda, trecho do voto proferido pelo Ministro Sérgio Kukina em sede do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 317.735 – SP, julgado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ em 13/06/2014, DJe 18/08/2014:

"Sobre os convênios de ICMS, observa-se que a LC 24/75, ao dispor acerca da necessidade de prévio acordo firmado entre os Estados e o Distrito Federal, para a concessão ou revogação de isenções ou quaisquer outros incentivos e favores fiscais ou financeiros-fiscais, foi recepcionada pela Constituição Federal em seu art. 155, § 2º, XII, g. Dessa forma, figuram os convênios como uma fase do procedimento a ser adotado para a concessão de incentivos e benefícios de ICMS. Para Carrazza, os convênios não fazem nascer o direito à concessão das desonerações tributárias, porquanto apenas integram o processo legislativo necessário para tanto. (...) Posteriormente, com a edição da EC 3/93, que acrescentou o § 6º ao art. 150 da CF, passou-se a exigir que os referidos convênios fossem ratificados por lei específica e não mais por decretos. (...) Também a LC 101/2000 veio exigir, para a concessão ou ampliação de incentivos ou benefícios de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita, a estimativa do impacto orçamentário-financeiro. De acordo com Mattos, "as concessões de tais benefícios e incentivos devem atualmente ser feitas mediante atos jurídicos complexos, a saber: 1º) convênio autorizativo; 2º) proposta orçamentária impactando o respectivo valor, 3º) lei especial aprovando-os. (...) Assim, verificado que os convênios configuram apenas uma etapa prévia à concessão do benefício tributário de ICMS, não criando direitos, não há considerá-los para fins dos disposto no art. 105, III, a, do texto constitucional".

(Grifos nossos)

26. Diante dos dispositivos constitucionais retro citados, doutrina e jurisprudência, conclui-se que lei específica estadual não pode revogar benefício ou isenção em matéria de ICMS prevista em convênio em vigor. Por força do art. 150, § 6º, e art. 155, inciso II, § 2º, alínea "g" da Constituição, as isenções em matéria de ICMS ficam subordinadas ao regime da LC nº 24/1975, que remete à deliberação dos Estados e do Distrito Federal por meio de convênio do Confaz. A revogação de isenções, da mesma forma, é matéria constitucionalmente reservada à citada lei complementar, e não pode ser feita unilateralmente por um Estado em detrimento dos demais que aderiram a um convênio ainda em vigor.

27. Considerando que o Convênio ICMS 85/04 foi prorrogado até 31 de dezembro de 2017 pela Cláusula quarta do Convênio ICMS 116, de 11 de outubro de

2013, pelo menos até o final desta ano, e desde que não ocorra nova prorrogação, não há possibilidade de revogação da Lei Estadual nº 19.473/2016 com a produção de efeitos imediatos. Nesses termos, a constitucionalidade e juridicidade do PL Estadual nº 173/2017 dependerá do início de sua vigência, uma vez que somente poderá produzir efeitos depois do término da vigência do Convênio ICMS 85/04.

28. No que concerne ao questionamento quanto à existência de outros casos de concessão de benefício de ICMS às empresas vencedoras dos leilões de privatização no setor elétrico, verificamos que há inúmeros convênios do Confaz relacionados à circulação de energia elétrica. Apenas para citar alguns: Convênio ICMS 16/15, que autoriza a conceder isenção nas operações internas relativas à circulação de energia elétrica, sujeitas a faturamento sob o Sistema de Compensação de Energia Elétrica de que trata a Resolução Normativa Aneel nº 482/2012; Convênio ICMS 182/2015, que autoriza o Estado do Amazonas a conceder isenção do ICMS nas saídas internas de energia elétrica destinadas a consumo das concessionárias responsáveis pelo serviço de distribuição de água e esgotamento sanitário na cidade de Manaus e pelo serviço público de produção e fornecimento de água tratada por atacado, com a operação e manutenção da captação, tratamento, adução e reserva das unidades que compõem o Complexo Programa Águas para Manaus – PROAMA; Convênio ICMS 37/2010, que autoriza os Estados que menciona a conceder isenção do ICMS nas operações com energia elétrica destinadas a companhia de água e saneamento, dentre outros. Não é relevante se ocorreu ou não a privatização da empresa, uma vez que, conforme esclarecido nos itens 13 a 15 deste Parecer, o ICMS embora seja pago pela distribuidora, é um imposto arcado pelo consumidor final, chamado de contribuinte de fato, pois é ele quem paga, de fato, o tributo, repassado como um custo inerente ao bem energia elétrica. Todavia, mais informações poderão ser prestadas pelas unidades técnicas da Aneel competentes para instrução técnica e econômica dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica.

29. Por oportuno, destaque-se que embora seja da competência da Aneel a disciplina da relação existente entre os consumidores, cativos ou não, dos serviços de distribuição de energia elétrica, bem como a definição das tarifas a serem pagas às concessionárias pela contraprestação dos serviços de distribuição de energia elétrica, e, ainda, embora a Agência estabeleça, ordinariamente, nos contratos de concessão que as concessionárias devem manter uma situação de regularidade fiscal perante todas as esferas da Federação, não faz parte das suas atribuições imiscuir-se nas relações jurídicas existentes entre as concessionárias e os fiscos federal, estadual e/ou municipal, não cabendo a esta Procuradoria se pronunciar a respeito do projeto de lei em questão.

III – CONCLUSÃO

30. Diante de todo o exposto, conclui-se:

30.1 Pela necessidade de prévia manifestação técnica da unidade competente, nos termos da Portaria nº MME 349/1997, antes do envio de processo administrativo para análise de dúvida jurídica por esta Procuradoria, conforme prescrito nos arts. 8º, 10 e 11 da Portaria PGF nº 526/2013;

30.2 A isenção ou o benefício de ICMS, bem como sua revogação, ficam subordinados à deliberação dos Estados e do Distrito Federal por intermédio do Confaz, nos termos do o art. 155, inciso II, § 2º, alínea “g” da Constituição c/c art. 1º da LC nº 24/1975;

30.3 A Lei Estadual nº 19.473/2016 está amparada pela deliberação do Confaz firmada no Convênio ICMS 85/04, prorrogado até 31 de dezembro de 2017, pelo Convênio ICMS 116/13, sem adentrarmos na análise de cunho fiscal e econômico da competência da Secretaria de Estado da Fazenda do Estado do Goiás e não da Aneel; e

30.4 O ente federativo tem autonomia para aderir ou não a um convênio, mas depois de sua adesão e incorporação ao direito interno por meio de lei ou decreto legislativo, não pode voltar atrás e revoga-lo durante a vigência do convênio. Assim, a constitucionalidade e juridicidade do PL Estadual nº 173/2017 dependerá do início de sua vigência, uma vez que somente poderá produzir efeitos depois do término da vigência do Convênio ICMS 85/04.

31. É o Parecer.

À consideração superior, propondo-se a devolução dos autos à SCR, para as providências que entender cabíveis.

Brasília, 18 de outubro de 2017.

TATIANA MALTA VIEIRA
Procuradora Federal
Coordenadoria de Outorgas e Tarifas
Procuradoria Federal junto à ANEEL

[1] SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: 2014, p. 1114.

[2] Ementa: I. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL QUE INSTITUI BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO INTERESTADUAL PRÉVIO. OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, g, DA CF/88. II. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS. 1. A instituição de benefícios fiscais relativos ao ICMS só pode ser realizada com base em convênio interestadual, na forma do art. 155, §2º, XII, g, da CF/88 e da Lei Complementar nº 24/75. 2. De acordo com a jurisprudência do STF, o mero diferimento do pagamento de débitos relativos ao ICMS, sem a concessão de qualquer redução do valor devido, não configura benefício fiscal, de modo que pode ser estabelecido sem convênio prévio. 3. A modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade decorre da ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, uma vez que a norma vigorou por oito anos sem que fosse suspensa pelo STF. A supremacia da Constituição é um pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade, sendo insuscetível de ponderação por impossibilidade lógica. 4. Procedência parcial do pedido. Modulação para que a decisão produza efeitos a contar da data da sessão de julgamento.

(ADI 4481, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 18-05-2015 PUBLIC 19-05-2015).

[3] Guerra Fiscal consiste na redução de alíquotas, concessão de créditos presumidos ou outros benefícios por um estado com vista a atrair investimentos para o seu território, em detrimento dos demais estados. Os estados prejudicados acabam adotando

medidas para anular os efeitos dos benefícios concedidos, daí a exigência de convênio interestadual. Este é o entendimento adotado pelo STF na ADI 3674.

[4] SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 920 e 931.

[5] CANOTILHO, J.J. Gomes (et al.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1666.

[6] CANOTILHO, J.J. Gomes (et al.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1722.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 48574001650201751 e da chave de acesso e5131292

Documento assinado eletronicamente por TATIANA MALTA VIEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 83235946 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): TATIANA MALTA VIEIRA. Data e Hora: 18-10-2017 18:30. Número de Série: 3563095240384588049. Emissor: AC CAIXA PF v2.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA
ELÉTRICA
GABINETE - PROCURADOR-GERAL
SGAN, QUADRA 603 / MÓDULOS "I" E "J" CEP 70830-110, BRASÍLIA/DF BRASIL -
TELEFONE (61) 2192-8614 FAX: (61) 2192-8149 E-MAIL:
PROCURADORIAFEDERAL@ANEEL.GOV.BR

DESPACHO n. 00767/2017/PFANEEL/PGF/AGU

NUP: 48574.001650/2017-51

**INTERESSADOS: ANEEL - PF - PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGENCIA
NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA**

ASSUNTOS: ENERGIA ELÉTRICA

Aprovo o **PARECER n. 00483/2017/PFANEEL/PGF/AGU**. Encaminhe-se à
Superintendência de Comunicação e Relações Institucionais – SCR.

Brasília, 19 de outubro de 2017.

MARCELO ESCALANTE GONÇALVES
PROCURADOR-GERAL SUBSTITUTO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em
<http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP)
48574001650201751 e da chave de acesso e5131292

Documento assinado eletronicamente por MARCELO ESCALANTE GONCALVES, de
acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está
disponível com o código 83433823 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>.
Informações adicionais: Signatário (a): MARCELO ESCALANTE GONCALVES. Data e
Hora: 19-10-2017 14:52. Número de Série: 164434. Emissor: Autoridade Certificadora do
SERPRO Final v5.
