

RADAR STOCHE FORBES – ENERGIA

Fevereiro 2021

LEGISLAÇÃO

Congresso Nacional aprova a conversão em Lei da Medida Provisória 998/2020

No último dia 04.02.21, o Senado Federal aprovou a conversão em Lei da Medida Provisória nº 998/2020, na forma do Projeto de Lei de Conversão nº 42/2020 da Câmara dos Deputados, que seguiu para sanção pelo presidente da República.

A aprovação da referida Medida Provisória – que ficou conhecida como a MP do consumidor – confirmou uma série de medidas com o objetivo de garantir a modicidade tarifária no setor elétrico.

Para tanto, recursos inicialmente destinados aos Programas de Pesquisa e Desenvolvimento e de Eficiência Energética não comprometidos até setembro de 2020 e parcela do que seria investido nos próximos anos serão repassados, como redutores, à Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) paga pelos consumidores de todo país.

Adicionalmente, o texto que seguiu à sanção, também previu mecanismos que objetivam reduzir as tarifas de consumidores das regiões Norte e Nordeste como (i) a nova metodologia de cálculo

do chamado ACRmédio – que impacta diretamente as tarifas das concessionárias que atendem os Sistemas Isolados –; (ii) a possibilidade de utilização de recursos da Reserva Global de Reversão (RGR) para o pagamento de valor não depreciado de ativos classificados como sobras físicas e Ativo Imobilizado em Curso nos processos de Revisão Tarifária das distribuidoras recentemente desestatizadas – até então controladas pelo Grupo Eletrobras –; (iii) a extinção da obrigação do pagamento de empréstimos realizados pela RGR durante o período de designação, beneficiando diretamente os consumidores por elas atendidos; e (iv) a readequação da classificação dos estados do Acre e Rondônia para fins de recolhimento da CDE.

Além de todas estas medidas, observou-se, também, uma série de disposições mais estruturais e que acabam por antecipar parte da chamada modernização do setor elétrico que vem sendo debatida pelo Ministério de Minas e Energia - MME, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, agentes do setor e pelo legislativo.

Dentre estas medidas, destaca-se o dispositivo que prevê o fim dos subsídios nas Tarifas de Uso dos Sistemas de Transmissão e Distribuição para pequenas centrais hidrelétricas e empreendimentos com base em fontes solar, eólica, biomassa e cogeração qualificada, ressalvado o direito adquirido dos empreendimentos outorgados até 31 de agosto de 2021.

Ainda no contexto da modernização do setor elétrico, foi prevista a licitação para a contratação de reserva de capacidade com o rateio dos custos por todos os usuários finais de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional – SIN, incluindo consumidores livres e autoprodutores.

Já no que se refere à ampliação do mercado livre – também objeto das discussões no contexto da modernização do setor elétrico – foi incluída a

CONSULTAS PÚBLICAS

ANEEL abre consulta pública para debater devolução, aos consumidores, de valores decorrentes da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS

No último dia 11.02.21, foi iniciado o período para envio de contribuições, que se estenderá até o dia 29.03.21, no âmbito da Consulta Pública nº 005/2021 da ANEEL, que tem por objetivo avaliar a devolução dos créditos tributários decorrentes de processos judiciais que versam sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS, em continuidade à Tomada de Subsídios nº 005/2020.

Esta demanda decorre de uma série de ações judiciais propostas pelas distribuidoras ao longo dos últimos quase 20 anos e que estão transitando em julgado nos últimos anos.

Embora o *leading case* que tramita no Supremo Tribunal Federal ainda tenha recursos pendentes de julgamento, a procedência e trânsito em julgado das ações judiciais das distribuidoras deram início à

figura do comercializador varejista bem como um maior detalhamento sobre as regras de desligamento de agentes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.

Por fim, o texto aprovado manteve disposições específicas sobre o tratamento de bens e instalações encampados e desapropriados com recursos da RGR, sua administração pela Eletrobras e as regras para a alienação e a possibilidade de outorga de autorização para a exploração da usina termelétrica nuclear de Angra 3.

Todas estas medidas são um primeiro passo da necessária modernização do setor elétrico, que exigirá cada vez mais a participação dos agentes, em especial, no monitoramento e contribuição nestes temas que deverão ser objeto de regulamentação pela ANEEL nos próximos meses.

discussão acerca da titularidade destes valores, sua mensuração, formas e prazos para eventual devolução aos consumidores.

Tal como sinalizado em ao menos dois processos tarifários deliberados pela ANEEL no ano de 2020, a abertura da Consulta Pública indicou o entendimento da Agência pela obrigatoriedade de devolução integral destes valores aos consumidores que, segundo levantamento preliminar, poderia ultrapassar os R\$ 50 bilhões.

Para tanto, a proposta levada à Consulta Pública indica que a referida devolução observará os valores efetivamente aproveitados pelas distribuidoras nos 12 meses anteriores ao reajuste/revisão tarifária a ser avaliado/comprovado no âmbito do processo tarifário.

Com a definição dos valores, caberá à distribuidora calcular a cota-parte por consumidor, a cada ciclo de faturamento, considerando sua participação no faturamento mensal e efetuar a devolução por meio de desconto direto nas faturas de energia elétrica enviada aos consumidores.

Em seu voto, o relator apresentou seu entendimento inicial de que a ação das distribuidoras em buscar o poder judiciário para questionar a tributação já teria os correspondentes custos reconhecidos nas tarifas e que, portanto, não haveria que se falar em compartilhamento do benefício econômico ou mesmo num incentivo regulatório para as distribuidoras que buscaram o poder judiciário para questionar o tema. Neste ponto, o voto apresentado foi além, indicando a necessidade de se avaliar a conduta das distribuidoras que não propuseram ações judiciais.

DECISÕES DA ANEEL

ANEEL analisa excludente de responsabilidade nos cronogramas de implantação de empreendimentos de geração em razão dos impactos da pandemia

Ao longo dos primeiros meses de 2021, a ANEEL tem deliberado uma série de requerimentos de agentes de geração para o reconhecimento de excludente de responsabilidade em razão dos impactos da pandemia com a consequente alteração de cronogramas e flexibilização de obrigações regulatórias.

Na 1ª Reunião Pública Ordinária da Diretoria de 2021, ocorrida em 19.01.21, a ANEEL decidiu processo administrativo que tratava de pedido formulado por geradores para o reconhecimento de excludente de responsabilidade e, portanto, postergação de obrigações regulatórias, em razão de impactos decorrentes da pandemia do COVID-19.

Em seu pedido, os geradores alegaram que os efeitos da pandemia teriam impactado:

Outro ponto que foi objeto de grande repercussão no âmbito da Tomada de Subsídios trata da titularidade destes valores e eventual prescrição do direito dos consumidores em reavê-los. Sobre tema, foram feitas breves considerações com a sinalização de sua análise no decorrer da Consulta Pública.

Considerando a repercussão do tema e sua relevância, vide todas as contribuições já realizadas no âmbito da Tomada de Subsídios nº 005/2020, espera-se que as questões levantadas no âmbito da Consulta Pública ainda merecerão uma análise detida e aprofundada entre a Agência, o setor de distribuição de energia elétrica e representantes dos consumidores nos próximos meses.

- i. a obtenção de financiamento para a construção dos empreendimentos;
- ii. o prazo de assinatura de contratos de constituição de garantias;
- iii. a possibilidade de cumprimento dos prazos pelos fornecedores; e
- iv. a mobilização das obras em razão das medidas restritivas de locomoção.

Na análise realizada pela Diretoria da ANEEL, destacou-se, inicialmente, a necessidade de comprovação donexo de causalidade entre os efeitos da pandemia e os fatos alegados, bem como seu efetivo impacto no cronograma físico de implantação do empreendimento.

Nesta avaliação individualizada de cada pedido, a Diretoria da Agência, embora tenha reconhecido que a dificuldade na obtenção de financiamentos poderia vir a ser configurada como excludente de responsabilidade, negou o pedido, no caso concreto, por entender não ter restado comprovado o nexo de causalidade entre a dificuldade na obtenção dos recursos e o atraso no cronograma físico de implantação das usinas, em especial pelo prazo decorrido entre a concessão da outorga e o início da pandemia.

Por sua vez, (i) o atraso da entrega de equipamentos – comprovado com a apresentação da contratos e negociação com fornecedores –; e (ii) a impossibilidade de mobilização das obras – comprovada por meio de atos do poder público que restringiram a locomoção de pessoal e desenvolvimento da atividade econômica – tiveram o nexo de causalidade entre os efeitos da pandemia e o atraso no cronograma físico reconhecidos pela Agência que, portanto, acatou o pedido de excludente de responsabilidade para estes itens.

Diante disso, a Diretoria Colegiada da ANEEL deliberou por reconhecer excludente de responsabilidade dos geradores envolvidos pelo prazo de 120 dias, com a postergação da data entrada em operação comercial inicialmente definida e, pelo mesmo prazo, a postergação da data de início de suprimento dos CCEARs celebrados pelos geradores.

DECISÕES JUDICIAIS

Supremo Tribunal Federal inicia julgamento sobre a seletividade da alíquota de ICMS sobre energia elétrica

Neste mês de fevereiro, foi iniciado julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do *leading case* que trata da seletividade da alíquota do ICMS sobre energia elétrica.

Trata-se de recurso extraordinário originado de ação judicial movida por empreendimento comercial questionando Lei do estado de Santa

Adicionalmente, também foi acatado o pedido para extensão do prazo das outorgas, também por 120 dias, como medida de reequilíbrio econômico-financeiro, tal como previsto no artigo 9º da Lei nº 13.360/16.

Trata-se de relevante precedente da Agência Reguladora no sentido de, comprovado o nexo de causalidade, reconhecer excludentes de responsabilidade em razão dos impactos da pandemia para postergar o cumprimento de obrigações regulatórias e recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos agentes.

Embora o processo administrativo em questão trate de caso específico, entende-se que o referido precedente servirá como fundamento para a análise de casos semelhantes envolvendo (i) geradores que tenham participado em leilões regulados ou comercializado sua energia no Ambiente de Contratação Livre; (ii) concessionárias de transmissão de energia elétrica que tenham sofrido impacto no cronograma de implantação dos seus ativos; e (iii) distribuidoras de energia elétrica e demais agentes que venham a descumprir obrigações regulatórias em razão dos impactos decorrentes dos efeitos da pandemia.

Catarina que definiu, em 25%, a alíquota de ICMS incidente sobre fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicações para determinados consumidores.

Em síntese, sustenta-se a aplicação do princípio da seletividade tributária pelo qual se indica que a alíquota de determinado tributo deva ser

inversamente proporcional a sua essencialidade.

Embora o julgamento tenha sido suspenso após a pedido de vista realizado pelo Min. Dias Tóffoli, o voto já proferido pelo relator, Min. Marco Aurelio Mello, traz relevante entendimento que, se acompanhado pela maioria dos Ministros, poderá indicar significativa redução das faturas de energia elétrica visto que o ICMS responde, hoje, por cerca de 25% de seu valor.

No caso concreto, a referida lei do estado de Santa Catarina definiu alíquota do ICMS em 17% para operações em geral enquanto, para o fornecimento de energia elétrica, a alíquota definida foi de 25% para grandes consumidores e 12% para consumidores de menor porte.

Em seu voto, o relator destaca que a Constituição Federal adotou a técnica da seletividade considerado o ICMS, facultando ao legislador estadual sua utilização.

Neste sentido, embora reconheça esta faculdade conferida ao legislador estadual, o Ministro concluiu que, em se adotando a técnica da seletividade, o critério não pode ser outro senão a essencialidade do serviço e ou mercadoria.

Ou seja, a partir do momento que se define pela diferenciação das alíquotas, defendeu-se ser obrigatória a observância do princípio da seletividade de modo a privilegiar os serviços e mercadorias considerados de maior essencialidade.

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco suspende cobrança de ICMS sobre minigeração compartilhada

No último mês de janeiro, o Tribunal de Justiça de Pernambuco julgou Mandado de Segurança impetrado por consórcio de minigeração compartilhada questionando a incidência do ICMS sobre a energia compensada.

Diante disso, o Min. Marco Aurelio encaminhou seu voto no sentido de determinar seja considerada, no caso, a alíquota de 17% também para o fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicações sob pena de não observância do princípio da seletividade tributária dada a essencialidade destes serviços.

Por sua vez, já no segundo voto do Min. Alexandre de Moraes, foi aberta divergência. Isso porque, embora o Ministro também tenha entendido pela aplicação do princípio da seletividade tributária, manifestou seu entendimento pela adequação da majoração da alíquota em 25% para consumidores de energia elétrica de grande porte em compensação à redução da alíquota para 12% para unidades de consumo reduzido.

Em síntese, o Min. Alexandre de Moraes defendeu que a aplicação da alíquota de 25% para o empreendimento comercial decorreria da aplicação conjunta dos princípios da seletividade tributária e da capacidade contributiva, ao ponto que também havia a previsão da alíquota de 12% para consumidores de pequeno porte.

Neste sentido, votou o Min. Alexandre de Moraes pela adequação da cobrança da alíquota de 25% para o consumo de energia elétrica para o empreendimento comercial.

Formalizado o pedido de vistas pelo Min. Dias Toffoli, aguarda-se o retorno do julgamento deste tema com reconhecida repercussão geral e que pode impactar significativamente na tributação do setor elétrico.

Na sentença, restou constatado que o consórcio foi constituído especificamente para participação no Sistema de Compensação de Energia Elétrica instituído pela Resolução Normativa ANEEL nº 482/2012 e que esta permitiu que consumidores gerassem sua própria energia.

Ademais, também foi destacado que a permissão para a geração da própria energia foi estendida à reunião de consumidores, por consórcio ou cooperativa, localizados dentro da mesma área de concessão.

Fundamentado nesta premissa, o juízo reconheceu que o ICMS incide, efetivamente, sobre a venda de energia elétrica para distribuição ou comercialização e que, de modo contrário, não há que se falar em incidência do imposto quando o próprio consumidor gera a energia elétrica que irá consumir.

Neste ponto, reforçou ainda não se tratar de possível isenção a ser definida pelo Estado, mas sim de verdadeira não realização da hipótese de incidência tributária de forma que, o ICMS deveria incidir tão somente sobre a energia elétrica efetivamente consumida junto à distribuidora,

desconsiderando os montantes de energia elétrica compensados nos termos da citada Resolução Normativa.

Ao fim, o pedido foi julgado procedente para declarar a inexigibilidade do ICMS sobre a energia produzida e transferida no âmbito da Resolução Normativa ANEEL nº 482/2012 pelos consorciados bem como para declarar o direito à compensação dos pagamentos indevidos realizados nos 5 anos anteriores à propositura da ação.

Trata-se de relevante decisão em benefício de micro e minigeradores distribuídos reunidos em consórcio, ainda a ser confirmada pelos Tribunais Superiores e que agregará mais um elemento nas relevantes discussões sobre a atualização da Resolução Normativa ANEEL nº 482/2012 que já tramita na ANEEL e é objeto de Projetos de Lei no Congresso Nacional.

Contatos para eventuais esclarecimentos:

PAULO CÉSAR TEIXEIRA DUARTE FILHO
E-mail: pduarte@stoccheforbes.com.br

BRUNO GANDOLFO
E-mail: bgandolfo@stoccheforbes.com.br

MARIANA SARAGOÇA
E-mail: msaragoca@stoccheforbes.com.br

CAROLINE DIHL PROLO
E-mail: cprolo@stoccheforbes.com.br

EMILIO PESCARMONA GALLUCCI
E-mail: egallucci@stoccheforbes.com.br

BEATRIZ MARCICO PEREIRA
E-mail: bpereira@stoccheforbes.com.br

CAIO MOLITERNO DE MORAIS
E-mail: cmorais@stoccheforbes.com.br

FREDERICO ALVES DE OLIVEIRA ACCON
E-mail: facon@stoccheforbes.com.br

IAN PAULO FERREIRA
E-mail: ipaulo@stoccheforbes.com.br

LETÍCIA RABELLO ESPOSITO DE PAIVA
E-mail: lrabello@stoccheforbes.com.br

MARIANA MARTINS KUBOTA
E-mail: mkubota@stoccheforbes.com.br

STOCHE FORBES

A D V O G A D O S

O Radar Stocche Forbes – Energia, um informativo mensal elaborado pela área de Energia do Stocche Forbes Advogados, que tem por objetivo informar nossos clientes e demais interessados sobre os principais temas que estão sendo discutidos atualmente nas esferas administrativa e judicial, bem como as recentes alterações legislativas e regulamentares no âmbito do setor de energia brasileiro.

Esse boletim tem caráter meramente informativo e não deve ser interpretado como um aconselhamento legal.

www.stoccheforbes.com.br

SÃO PAULO | RIO DE JANEIRO | BRASÍLIA | BELO HORIZONTE