

REPARTIÇÃO DE RECEITAS DO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA E A ANÁLISE JURISPRUDENCIAL EM ALAGOAS

Ermans Quintela Carvalho¹

RESUMO: Este artigo aborda uma relação de natureza tributária que se refere à definição dos elementos constitutivos do fato gerador do ICMS sobre energia elétrica em seus critérios material, temporal, espacial, pessoal e quantitativo, e, em decorrência da primeira relação, surge outra de caráter financeiro que corresponde à transferência de receitas extraída do ICMS. Metodologicamente foi adotado o método dedutivo com o propósito de explicar o conteúdo das premissas através da análise doutrinária em livros, artigos e revistas, assim como a análise da legislação brasileira e da jurisprudência, em especial acerca do entendimento dos tribunais. A compreensão acerca da destinação para quais Municípios o valor referente à arrecadação do ICMS sobre energia elétrica deve ser repartido, em especial nos Municípios Alagoanos, ainda encontra discussão nos tribunais, uma vez que a determinação da ocorrência do fato gerador desse imposto não encontra uniformização na doutrina e jurisprudência. O fato gerador do ICMS sobre energia elétrica ocorre no Estado onde se efetiva o seu consumo e, em consequência, a legitimidade para percepção do repasse da receita arrecadada pertence aos Municípios situados onde ocorre o consumo da energia elétrica.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS. Fato gerador. Transferências intergovernamentais. Energia elétrica. Jurisprudência.

ABSTRACT: This article discusses a tax ratio which refers to the definition of the components of the “ICMS” triggering event on electricity in their criteria: material, temporal, spatial, personal and quantitative, and, due to the first relationship, comes another financial character which corresponds to the transfer of extracted revenues from “ICMS”. Methodologically was adopted the deductive method in order to explain the content of the premises by doctrinal analysis in books, articles and magazines, as well as analysis of the Brazilian legislation and jurisprudence, especially about the understanding of the courts. The understanding of the destination to which municipalities the amount related to the collection of “ICMS” on electricity should be allocated, especially in municipalities in Alagoas, still in discussion in the courts, since the determination of the triggering event of the tax is not uniformity in doctrine and jurisprudence. The taxable event of “ICMS” on electric power occurs in the state where effective their consumption and, consequently, the legitimacy of perception of transfer of revenue It belongs to the municipalities located where there is consumption of electricity.

KEYWORDS: “ICMS”. Triggering event. Intergovernmental transfers. Electricity. Jurisprudence.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL.
E-mail: ermans_carvalho@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda um tema de extrema relevância ao perceber que a legislação brasileira não traz de forma detalhada a determinação da ocorrência do fato gerador do ICMS sobre energia elétrica, de modo a gerar diversas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, o que acaba por prejudicar os Municípios que deveriam ser beneficiados pela devida repartição de receitas do ICMS arrecadado em seu Estado e não o são.

Busca-se, dessa forma, analisar os elementos constitutivos do fato gerador do ICMS sobre energia elétrica, através do viés do consumo, para determinar a quais Municípios o ICMS arrecadado pelo Estado deverá ser repartido, bem como demonstrar a justiça financeira causada pela racional definição da ocorrência deste imposto.

Metodologicamente, será adotado o método dedutivo com o propósito de explicar o conteúdo das premissas, através de uma cadeia de raciocínio descendente, de uma análise geral para a particular do tema proposto. A apreciação do assunto abordado se dará por meio da análise doutrinária acerca das interpretações trazidas pelos autores a respeito do fato gerador do ICMS incidente sobre energia elétrica, pelo estudo da legislação brasileira, bem como pesquisa de artigos e revistas que abordem o assunto, além da análise jurisprudencial dos casos envolvendo os Municípios Alagoanos, em especial acerca do entendimento dos tribunais.

1 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO FATO GERADOR DO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA

Ao analisar o ICMS em sua estruturação atual, ou seja, aquela em que a competência é atribuída aos Estados e Distrito Federal pela Constituição de 1988, percebe-se a aplicação multifacetada nas situações jurídicas elencadas pelo Constituinte como passíveis de incidência.

De fato, o ICMS incidente sobre a energia elétrica possui forma própria, haja vista não se enquadrar na classificação ordinária do imposto em instalar mecanicamente a compensação com outras etapas (não-cumulatividade), de modo que o imposto incidirá apenas em um monte, qual seja, o do consumo (LIMA NETO, 2002). Tais características encontram embasamento na Constituição Federal.

O imposto em questão só pode incidir sobre umas das possíveis hipóteses de incidência do tributo, quais sejam, a produção/geração, a distribuição, a transformação ou o

consumo. Dessa forma, cabe ao legislador determinar qual das operações com energia elétrica, no seu viés administrativo e arrecadatário, se apresente mais acertado (CARRAZA, 2009, p.264).

A Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir), em razão da necessidade de regulamentação do ICMS, decorre da imposição constitucional trazida pelos artigos 146, inciso III e artigo 155, §2º, XII da Constituição Federal de 1988, bem como do artigo 34, §§8º e 9º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

Apesar de toda dedicação e cuidado exercidos pelo legislador em abranger as diversas hipóteses de incidência do ICMS, não foi de todo suficiente para dirimir as controvérsias referentes à aplicação do ICMS incidente sobre a energia elétrica.

2 A ESTRUTURA DA REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA

Conforme dito acima, devido à falta de clareza com que os textos normativos que tratam da incorporação da energia elétrica na seara do ICMS foram redigidos, se faz necessário um empenho interpretativo e investigativo dos elementos que positivam o fato gerador desse imposto (LIMA NETO, 2002). De fato, para que consiga determinar essa relação obrigacional, é fundamental estruturar a regra matriz do ICMS sobre energia elétrica.

Nesse toar, Paulo de Barros Carvalho destrincha a norma-padrão de incidência tributária discriminando os elementos material, temporal e espacial que compõe a hipótese/antecedente, bem como os elementos pessoal e quantitativo que pertencem ao consequente (CARVALHO, 2010, p.295).

2.1 CRITÉRIO MATERIAL DO FATO GERADOR DO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA

Reputa-se ocorrido o critério material da hipótese da regra matriz de incidência tributária do ICMS sobre a energia elétrica, adequando-se à consideração de circular juridicamente a energia elétrica, o átimo em que a energia, no estágio de disponibilização, passa a ser de fato consumida pelo estabelecimento consumidor (MENEZES, 2011). Ou seja, somente com a operação no consumo é que se vislumbra a ocorrência do fato gerador. Pode-se considerar, como alternativa hermenêutica, o fornecimento para o consumo como critério material, uma vez que todas as etapas ocorrem de forma simultânea.

2.1.1 CRITÉRIO TEMPORAL DO FATO GERADOR DO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA

No que diz respeito à conceituação do critério temporal, temos este como o marco de tempo em que o fato se dá por ocorrido, havendo para os sujeitos da relação jurídica a existência de direitos e obrigações (CARVALHO, 2010, p. 327).

Quer-se dizer com isso que o preciso instante, para que se refira à operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica apta a realizar o fato gerador do ICMS, é aquele em que o interessado, ao consumir a energia elétrica, vem a transfazê-la em outro tipo de bem da vida, como por exemplo, o calor, o frio, a força, a luz, o movimento ou mesmo qualquer outra espécie de utilidade (CARRAZZA, 2009, p. 268).

Clever Mazzoni expõe de forma clara esse exato momento:

O sistema elétrico nacional faz a conexão física de todos os geradores, transmissores, distribuidores e consumidores. Funciona, como já foi dito, analogamente a um sistema de “caixa único”, **em um mesmo momento, recebe a energia de todos os geradores e alimenta todos os consumidores, [...] não havendo possibilidade entre os estágios intermediários de várias incidências isoladas, mas, sim, de uma única**, na entrega, tendo como sujeito passivo o consumidor final de energia elétrica (CAMPOS, 2001, p.68). (grifo nosso).

Ao analisar as etapas de geração, distribuição e consumo de energia elétrica, verifica-se claramente a escolha do legislador pela última etapa representada pelo fornecimento para o consumidor final. Para a atual realidade do imposto sobre energia elétrica, não deve ser outro o entendimento que não esse (LIMA NETO, 2002). Confirma essa concepção a integração do art. 155, §2º, inciso X, “b” da Constituição Federal, bem como os artigos 2º, §1º, inciso II e 11, inciso I, “g” da Lei Complementar 87/69 e artigo 34, §9º da ADCT ao afirmar como incidência do ICMS sobre energia elétrica a última operação, ou seja, o consumo.

2.1.2 CRITÉRIO ESPACIAL DO FATO GERADOR DO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA

No caso do critério espacial este corresponde, em regra, ao local de ocorrência do fato gerador, ou seja, da ocorrência da operação ou do serviço tributável que se encontra descrito na hipótese de incidência.

Nesse seguimento, a Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir) em seus artigos 2º, §1º, inciso III e 11, inciso I, “g” determina que a efetiva ocorrência do fato gerador se dê com a entrada no Estado destinatário da energia elétrica quando não destinada à industrialização ou comercialização, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Dada a caracterização especial da energia como mercadoria, não é possível precisar, caso utilize a roupagem tradicional do fato gerador do antigo ICM, onde se dá a saída da energia através da exteriorização pelo local, de maneira que claramente não contenta para um fornecimento com embaraçadas operações intermediárias e que não estão garantidos de relevância jurídica tributária em razão da opção constitucional pela incidência única encontrada no destino e na operação de consumo (LIMA NETO, 2002).

Cabe enfatizar que o artigo 34, §9º dos ADCT/CF solidifica o entendimento de a incidência se dá na última operação, bem como que o imposto pertence ao Estado (e Municípios, quando repartido) em que o ocorre a etapa final. Tal preceito normativo possui a seguinte redação:

§ 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**². (grifo nosso).

Nesse desiderato, relevante é o conteúdo das respostas dos quesitos trazidos pela Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF acerca dos elementos constitutivos do fato gerador do ICMS sobre energia elétrica, bem como de sua repartição de receita aos autos do processo nº 0724758-80.2014.8.02.0001 em trâmite na 18ª Vara Cível da Comarca de Maceió no Estado de Alagoas.

Ao ser questionada acerca de quais hidrelétricas provinha a energia consumida no Estado de Alagoas, incluindo a cidade de Delmiro Gouveia, a CHESF trouxe a informação de que a origem da energia consumida no Estado de Alagoas advém do Sistema Interligado Nacional (SIN) de modo que este é formado pelas empresas das regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste, Nordeste e parte da região Norte, excetuada somente 1,7% da energia requerida pelo país que encontra-se fora do SIN, em pequenos sistemas isolados localizados principalmente na região amazônica.

² Previsão equivalente se encontra definida no artigo 9º, §1º, inciso II, da Lei Complementar nº 87/96.

Desse modo, a energia consumida em uma determinada unidade da federação, seja ela qual for pertencente ao SIN, pode ser de diferentes fontes e localizadas até em outras regiões do país. Assim, não há que se falar em lugar da incidência do ICMS sobre energia elétrica onde se estabelecem as hidrelétricas e nem mesmo as usinas geradoras de energia.

Malgrado seja defendida a aplicação do imposto do modo acima referido, no lugar do consumo, há entendimentos diversos para precisar a efetivação da ocorrência do fato gerador no lugar em que se encontra o estabelecimento daquele que ocasiona a venda da energia, seja a distribuidora³, ou mesmo onde ocorra a produção⁴ da energia elétrica.

2.1.3 CRITÉRIO PESSOAL DO FATO GERADOR DO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA

O critério pessoal corresponde aos sujeitos da relação jurídica, seja o sujeito ativo ou credor, seja o sujeito passivo ou devedor.

Sabe-se que o sujeito ativo da obrigação tributária é o credor. Sujeito ativo é, em regra, a pessoa constitucional de competência tributária, contudo, a lei pode atribuir a titularidade de um imposto à própria pessoa pública de que a lei expressa, como pode atribuir à pessoa diversa, situação em que deverá vir de forma expressa (ATALIBA, 1999, p. 75).

No caso do ICMS sobre energia elétrica, encontra-se como sujeito ativo o Estado onde ocorre o consumo de energia elétrica.

A definição de contribuinte de fato e de direito se encontra no artigo 121 do CTN, já no que concerne ao responsável tributário por substituição, este é um terceiro, vinculado ao fato gerador da obrigação tributária, embora não de forma pessoal e direta, por meio de lei, a obrigação de recolher tributos e, cada vez mais, antes mesmo da ocorrência do fato imponible (JORGE, 2008, p. 223). Tal é o que ocorre no caso do ICMS sobre energia elétrica, de forma que o contribuinte (de fato e de direito) é o consumidor final e a distribuidora é a responsável tributária por substituição. Em função do que determina o artigo 34, §9º do ADCT, as empresas distribuidoras de energia elétrica são consideradas responsáveis tributárias, na condição de substitutas tributárias (sujeição passiva indireta por substituição), pelo recolhimento do ICMS sobre energia elétrica (CARRAZZA, 2009, p. 267).

³ “Como quem promove a venda de energia elétrica gerada pela Usina Hidroelétrica de Três Irmãos é a CESP, cujo estabelecimento situa-se no Município de Pereira Barreto, em face do disposto no art. 127, II do CTN, não há como fugir à conclusão de que o fato gerador do ICMS ocorre no território desse Município.” (HARADA, 2008).

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AC: 3339 DF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 27/03/2013, Data de Publicação: DJe-062 DIVULG 04/04/2013 PUBLIC 05/04/2013.

É pacífico na doutrina e jurisprudência o enquadramento do consumidor final como contribuinte de fato, pois cabe a este o encargo econômico do ICMS arrecadado. Divergência se encontra na inclusão deste como contribuinte de direito, de modo que alguns consideram contribuinte de direito a empresa concessionária⁵ (distribuidora), outros, de forma mais extremada, reputam à geradora de energia elétrica (HARADA, 2008) tal atribuição, no entanto, a posição defendida neste trabalho é a de que cabe ao consumidor final a incumbência.

Ora, o que pretende detalhar nesse trabalho é que a singularidade de tratamento na incidência do ICMS sobre a energia elétrica permite atribuir ao consumidor final a aceção de contribuinte de fato e também de direito.

2.1.4 CRITÉRIO QUANTITATIVO DO FATO GERADOR DO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA

Há dois elementos que constituem o critério quantitativo dos tributos, quais sejam, base de cálculo e alíquota. O primeiro constitui o elemento básico, a efetiva grandeza da materialidade tributária; o segundo representa parte, quota ou fração desse determinado montante (MELO, 2009, p.261).

Em relação à base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica, esta corresponde ao valor da operação da qual decorra a entrega desta mercadoria ao consumidor final. Pode-se dizer que é o preço da energia elétrica efetivamente consumida (CARRAZA, 2009, p. 278), correspondente ao consumo em KWH. Tal entendimento situa-se no artigo 34, §9º, do ADCT, uma vez que traz como base de cálculo presente no fato gerador o preço praticado na operação final.

De forma lógica, o valor que compõe a base de cálculo deve corresponder ao da efetiva ocorrência do fato gerador. Qualquer outro valor que tentem integrar na base de cálculo estará desnaturando sua função, bem como violando a ordem constitucional.

Quanto à alíquota, esta encontra suporte na Constituição Federal de 1988 de maneira que a alíquota pertencente ao fato gerador do ICMS sobre energia elétrica corresponde ao percentual sobre a base de cálculo fixado por lei estadual correspondente, levando sempre em consideração os tetos de resolução do Senado.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RMS: 29475 RJ 2009/0086174-1, 1ª Seção, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 10/04/2013, Data de Publicação: DJe 29/04/2013.

A Lei Estadual nº 5.900/96 do Estado de Alagoas definiu a energia elétrica como “mercadoria supérflua” alterando a alíquota de 17% para 25%. Posteriormente, em razão de autorização constitucional para criação de adicional de 2% para financiamento do Fundo de Combate à Pobreza de acréscimo à alíquota incidente sobre ICMS sobre produtos e serviços supérfluos, o Estado de Alagoas instituiu o adicional de 2% e definiu as mercadorias supérfluas no artigo 2º, inciso I, da Lei Estadual nº 6.558/2004 (LIMA NETO, 2015). Assim sendo, a alíquota maior atualmente aplicada no Estado de Alagoas ao ICMS sobre energia elétrica é de 27% (25% + 2%).

3 REPARTIÇÃO DE RECEITAS DO ICMS INCIDENTE SOBRE ENERGIA ELÉTRICA E SUA PERCEPÇÃO PELOS MUNICÍPIOS SITUADOS ONDE OCORRE O CONSUMO ATRAVÉS DA ANÁLISE DE ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS.

Os preceitos constitucionais e complementares sobre a repartição de receitas dotam os Municípios do direito subjetivo de exigir dos Estados, rigorosa e exatamente, os montantes que lhes cabem a título de participação no produto da arrecadação do ICMS (CARRAZZA, 2006, p. 673). Tal previsão impõe aos Estados o repasse obrigatório de parte da receita arrecada.

3.1 NOÇÕES ACERCA DA REPARTIÇÃO DE RECEITA DO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 158, inciso IV e parágrafo único, de forma generalizada, que do total da receita de ICMS arrecadado no Estado, 25% do produto desta arrecadação pertencem aos seus Municípios, sendo de $\frac{3}{4}$ (18,75% do total de ICMS arrecadado pelo Estado), no mínimo, na proporção do valor adicionado na ocorrência do fato gerador do ICMS no território do Município, e de até $\frac{1}{4}$ (6,25% do total arrecado de ICMS pelo Estado), de acordo com o que dispuser a lei estadual nos Estados e Distrito Federal. Redação semelhante se encontra no artigo 3º, incisos I e II da Lei Complementar 63/90.

Percebe-se, conforme exposto durante todo o trabalho, que a energia elétrica possui natureza especial, necessitando de esforço interpretativo para ser enquadrada como mercadoria. Ora, “mercadoria entrada” e “mercadoria saída”, na definição da Lei Complementar 63/90 (com redação dada pela Lei Complementar 123/06) não seriam termos

suficientes para enquadrar o fato gerador do ICMS sobre energia elétrica, haja vista a sua complexidade, de modo que a incidência ocorre instantaneamente no lugar e tempo do consumo⁶.

Para considerar o valor adicionado, se deve computar a soma dos valores de consumo, ou seja, dos valores efetivamente consumidos, que corresponde à forma de registrar esse fato gerador diferenciado.

Assim sendo, o Município em que está localizado o sujeito passivo, qual seja, o consumidor final, é que deve corresponder ao cálculo do valor adicionado e em consequência beneficiário da transferência de parte da receita do ICMS, na modalidade de repartição pelo produto arrecadado pelo Estado.

Além disso, a interpretação defendida neste trabalho se eleva ao perceber a visível justiça financeira causada pela racional definição do fato gerador desse imposto. Ao considerar sua ocorrência no fornecimento para o consumo compreende-se que a repartição da receita pelas transferências intergovernamentais revelará uma superior e mais equilibrada participação conforme a maior quantidade de consumo de cada unidade municipal (LIMA NETO, 2002), ou seja, o Município que consumir mais energia elétrica, de forma justa, receberá um repasse maior da receita.

A repartição acima descrita refere-se aos $\frac{3}{4}$ dos 25% repassado, contudo ainda há o percentual de $\frac{1}{4}$ previsto no artigo 3º, inciso II, da Lei Complementar 63/90 que permite ao Estado elencar os critérios. Para engrandecer o sistema equitativo de distribuição da receita gerada pelo consumo de energia elétrica, parte da arrecadação decorrente do $\frac{1}{4}$ dos 25% arrecadado poderia ser distribuída para o local da produção, da distribuição ao até mesmo àqueles que tivessem suas terras alagadas pela formação das hidrelétricas (LIMA NETO, 2002). O Estado de Alagoas, em sua Lei Estadual nº 5981/97, atualizada pela Lei Estadual nº 7011/08, em termos de porcentagem, fragmentou o $\frac{1}{4}$ recebido em diversos critérios, entretanto não elencou qualquer situação específica para o fato gerador do ICMS sobre energia elétrica.

⁶ Seja na operação do consumo, com o distribuidor sendo substituto tributário e o consumidor final como contribuinte, seja no fornecimento para o consumo, como alternativa hermenêutica, o distribuidor como contribuinte (de direito) e o consumidor final apenas aquele que sofre o encargo econômico (contribuinte de fato). (LIMA NETO, 2002).

3.2 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS EM ALAGOAS E ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS ACERCA DO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA

Atentando aos estudos feitos durante este trabalho, se faz pertinente apreciar a aplicação da matéria ora vista, e consequentemente instigar de forma crítica a aferição dos entendimentos jurisprudenciais.

Os casos, em sua grande maioria, envolvem usinas hidrelétricas, distribuidoras e transformadoras de energia e essencialmente o consumidor final.

3.2.1 ANÁLISE DO CASO CONCRETO ENVOLVENDO O MUNICÍPIO DE DELMIRO GOUVEIA/AL E O MUNICÍPIO DE PAULO AFONSO/BA (CHESF)

Inicialmente, o Município de Delmiro Gouveia/AL ingressou com ação ordinária com pedido de tutela antecipada na Justiça Estadual de Alagoas⁷ contra a Companhia Hidrelétrica do São Francisco - CHESF e o Estado de Alagoas, elencando como litisconsorte passivo o Município de Paulo Afonso/BA para que a CHESF emita a Declaração de Valor Adicionado (DVA) e reparta o valor adicionado relativo ao complexo hidrelétrico de Paulo Afonso referente às Usinas Paulo Afonso I, II-A, II-B, III e IV entre os municípios de Delmiro Gouveia e de Paulo Afonso, uma vez que em seu território existem subestações elevatórias de energia para distribuição às concessionárias, entendendo, por sua vez, ocorrer o fato gerador do ICMS sobre energia elétrica também em seu território. Além disso requereu a condenação do Estado de Alagoas à elaboração do Índice de Participação dos Municípios, pois considerou os valores a serem acrescentados em decorrência de um possível acolhimento da pretensão inicial e a pagar os valores correspondentes aos últimos cinco exercícios financeiros.

O Município de Delmiro Gouveia considerou que, por possuir parte da estrutura do complexo hidrelétrico de Paulo Afonso em seu território, quais sejam os geradores, mais precisamente as subestações elevatórias, deveria a CHESF repartir o valor adicionado para o seu Município decorrente da ocorrência do fato gerador do ICMS, e defendeu também que a energia comercializada advinha das suas subestações, uma vez que a energia gerada diretamente pela Usina não era vendida às concessionárias, acreditando-se que ao aumentar a

⁷ Processo nº 0009580-26.2000.8.02.0001. Justiça Estadual de Alagoas.

tensão da energia advinda do complexo hidrelétrico de Paulo Afonso estaria constituindo o ato jurídico de geração do ICMS.

Contra a condenação do magistrado de 1ª instância surgiram três apelações, uma interposta pelo Estado de Alagoas, outra pela CHESF e outra pelo Município de Delmiro Gouveia, de modo que o órgão julgador (1ª Câmara Cível do TJ-AL) deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo Município de Delmiro Gouveia, para, reformando a sentença prolatada, julgar procedente em parte a ação, reconhecendo a ocorrência do fato gerador do ICMS devido pela CHESF, em razão da venda de energia elétrica no município de Delmiro Gouveia (produtor e distribuidor), sendo devida a partilha da receita entre os municípios limítrofes às hidrelétricas. No acórdão proferido houve voto divergente e que em seu mérito o fato gerador do ICMS ocorreria nas operações com energia elétrica na saída desta para o consumidor final, razão pela qual o Município de Delmiro Gouveia somente poderia adicionar os valores referentes à energia fornecida para consumo em seu território.

Em razão da divergência levantada no voto vencido, a CHESF opôs embargos infringentes requerendo anulação ou reforma do acórdão embargado. A Seção Especializada Cível do TJ-AL, sob relatoria do Desembargador Domingos de Araújo Lima Neto, no dia 14 de março de 2016 conheceu dos embargos infringentes e deu-lhe provimento parcial⁸, a fim de reformar o acórdão vergastado sob n. 1.261/2004, integrado pelo acórdão n. 1.831/2004, no sentido de negar provimento à apelação do município de Delmiro Gouveia, para, no mérito, em consonância com o voto divergente e com as razões trazidas no voto, manter a sentença de primeiro grau, no sentido do fato gerador do ICMS sobre energia elétrica ocorrer no lugar e no momento do consumo.

A motivação do voto apresentou sintonia com a doutrina (CARRAZA, 2009) e com a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça no EREsp n. 811.712/SP.

STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO CONFIGURADO. ICMS. REPARTIÇÃO. VAF. REGRA CONSTITUCIONAL. CRITÉRIO. ENERGIA ELÉTRICA. ELEMENTO TEMPORAL E ESPACIAL DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONSUMO. LIMITES DO PROCESSO. **ELEIÇÃO DE TERCEIRA TESE NO JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PRECEDENTES. [...]3. Conforme posição doutrinária e jurisprudencial uniforme, o consumo é o elemento temporal da obrigação tributária do ICMS incidente sobre energia elétrica, sendo o aspecto espacial, por dedução lógica, o local onde consumida a energia. 4. A produção e a**

⁸ ALAGOAS, Tribunal de Justiça de Alagoas. EI nº 00009890520058020000, Seção Especializada Cível, Rel. Des. Domingos de Araújo Lima Neto. Disponível em: <http://www2.tjal.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=115751&cdForo=0>. Acesso em: 16 mar. 2016.

distribuição de energia elétrica, portanto, não configuram, isoladamente, fato gerador do ICMS, que somente se aperfeiçoa com o consumo da energia gerada e transmitida. 5. Como o critério de rateio do ICMS leva em conta o valor adicionado fiscal que ocorre no território de cada município e não há incidência tributária pela geração da energia ou por sua distribuição, consequentemente, **não se justifica a participação do município produtor ou distribuidor na partilha do ICMS incidente sobre as operações com energia elétrica, que somente contemplará os municípios consumidores.**[...]8. As conclusões adotadas conduzem à procedência, em parte, da pretensão autoral, devendo a Fazenda Pública ré acrescer ao índice de participação do Município autor as operações da Usina de Promissão proporcionalmente ao **consumo de energia elétrica verificado em seu respectivo território.** 9. Embargos de divergência acolhidos em parte para julgar procedente, também em parte, a pretensão do autor, ora embargado. (STJ – EREsp 811.712/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012, Dje 06/03/2013.).⁹ (**grifo nosso**).

Dessa forma, verifica-se que o relator, de forma semelhante à defendida neste trabalho, considera o fato gerador ocorrido na operação de consumo da energia elétrica.

Ao verificar que para o cálculo do valor adicionado deve ser computada a soma dos valores de consumo, outra não poderia ser a conclusão senão a de que o valor do consumo deve retratar aquele ocorrido no território de cada município do Estado e não daquele em que está instalada a unidade geradora. Assim, o Município de Delmiro Gouveia somente poderia adicionar os valores referentes à energia consumida em seu território, não guardando nenhuma relação com o fato gerador a questão de ser produtor, distribuidor ou transformador de energia elétrica.

3.2.2 ANÁLISE DO CASO CONCRETO ENVOLVENDO O MUNICÍPIO DE PIRANHAS/AL E O MUNICÍPIO DE CANINDÉ DO SÃO FRANCISCO/SE (CHESF)

O Município de Piranhas/AL propôs ação ordinária com pedido de tutela antecipada na Justiça Estadual de Alagoas contra a Companhia Hidrelétrica do São Francisco - CHESF e o Estado de Alagoas, elencando como litisconsorte passivo o Município de Canindé do São Francisco/SE com o objetivo de obter a regulamentação da quantificação do seu índice de participação no que concerne à repartição de receita tributária relativa ao ICMS, em face da Hidrelétrica XINGÓ, de propriedade da CHESF, estar geograficamente compreendida entre seu território e o território de Canindé do São Francisco e requereu a participação devida no

⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. EREsp 811.712/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Rel. p/ Acórdão Min. Castro Meira, Data de Julgamento: 12/12/2012. Publicação em Dje 06/03/2013.

ICMS sobre energia elétrica pelo fato de compreender como ocorrência do fato gerador do referido imposto estadual nos seus limites espaciais.

O juízo de primeiro grau julgou o pedido improcedente ao entender que o fato gerador do ICMS não ocorreu no Município de Delmiro Gouveia, pois não se concretiza na geração de energia, como defendido pelo município autor, mas no consumo.

O Município de Piranhas, o Estado de Alagoas e a CHESF recorreram ao Tribunal de Justiça de Alagoas – TJ/AL e em julgamento destes recursos no Processo 12299-9/00 o Tribunal não conheceu da apelação do Estado de Alagoas, desproveu o recurso da CHESF e deu parcial provimento à apelação do Município de Piranhas condenando a CHESF a repartir o valor recolhido do imposto igualmente entre os municípios de Piranhas e Canindé do São Francisco, de modo que a Secretaria de Fazenda de Alagoas deveria calcular a participação de Piranhas.

Foram opostos embargos de declaração pela CHESF e pelo Município de Canindé, os quais restaram rejeitados por unanimidade. Inconformados com o julgamento do TJ/AL a CHESF e o Estado de Alagoas interpuseram Recurso Especial¹⁰, o qual foi julgado em 2008 pelo Ministro Luiz Fux (Ainda integrante do Superior Tribunal De Justiça – STJ ao tempo do julgamento), e negou provimento ao recurso do Estado de Alagoas e não conheceu o recurso da CHESF, acrescentando, além das questões de ordem processual, que nos julgados anteriores ficou demonstrado que a Hidrelétrica de Xingó fica localizada entre os municípios de Piranhas e Canindé do São Francisco. Desse modo, o julgamento do TJ/AL manteve-se.

No dia 24 de fevereiro de 2016 foi publicado no Diário Oficial da União um despacho do Ministro Edson Fachin do Supremo Tribunal Federal – STF na Ação Cível Originária nº 631, Processo 45569¹¹, em que figuram como autores o Município de Canindé do São Francisco e o Estado de Sergipe e como réus o Município de Piranhas, o Estado de Alagoas e a CHESF, para que se oficie a Presidência do Supremo Tribunal Federal e dê ciência acerca das causas que tramitam acerca desta lide, tanto no Estado de Alagoas quanto no Estado de Sergipe. A ação supracitada ainda encontra-se em andamento¹².

¹⁰ BRASIL, STJ. REsp: 867042/AL 2006/0119650-5, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux. Data de Julgamento: 17/06/2008. Publicação em Dj: 07/08/2008.

¹¹ Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/109635732/stf-24-02-2016-pg-45/pdfView>>. Acesso em: 18 de mar. 2016.

¹² Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/308146279/andamento-do-processo-n-631-acao-civel-originaria-24-02-2016-do-stf>>. Acesso em: 18 de mar. 2016.

No que tange à análise dos julgados, apesar de parte do complexo industrial se localizar entre os Municípios de Canindé do São Francisco e Piranhas na Usina Hidrelétrica de Xingó, as consequências jurídicas independem dessa constatação.

Do acórdão do Tribunal de Justiça de Alagoas a tese defendida era de que o fato gerador do ICMS sobre energia elétrica ocorria na geração de energia pela Usina Hidrelétrica de Xingó. Entretanto, compreendo que esta tese não merece prosperar, uma vez que a energia consumida em Alagoas e Sergipe, seja ela qual for, pertence ao SIN e pode ser de diferentes fontes e localizadas até em outras regiões do país. Assim, não há que se falar em lugar da incidência do ICMS sobre energia elétrica onde se estabelecem as hidrelétricas e nem mesmo as usinas geradoras de energia.

Depreende-se que a controvérsia da repartição de receita entre os Municípios de Piranhas e Canindé do São Francisco encontra barreira precisamente na configuração do fato gerador que não se concretiza na geração, mas no consumo, conforme fundamentado durante todo o trabalho, e não poderia ser repartido o ICMS apenas entre esses dois municípios.

Destarte, cada Município, independente da origem da energia elétrica, tem direito a ser incluído no campo das receitas repassadas do ICMS arrecadado em seu Estado correspondente àquela quantia efetivamente consumida em seu território e não àquela produzida, distribuída ou transformada. Assim, o Município de Piranhas somente deveria adicionar os valores referentes à energia fornecida para consumo em seu território.

3.2.3 ANÁLISE DO CASO CONCRETO ENVOLVENDO O MUNICÍPIO DE MESSIAS/AL E O MUNICÍPIO DE DELMIRO GOUVEIA/AL

O Município de Messias ajuizou ação ordinária com pedido de tutela antecipada contra o Estado de Alagoas e o Município de Delmiro Gouveia na Justiça Estadual de primeira instância em Alagoas¹³.

O Município de Messias argumenta na inicial que o fato gerador do ICMS sobre energia elétrica envolve um conjunto de operações que se refere à geração, transmissão e distribuição, de modo que estas duas últimas ocorrem no Município de Messias pelo funcionamento no seu território da Subestação Teotônio Vilela que promove um rebaixamento da energia recebida de 500kv para 230kv. Requereu que o Estado de Alagoas proceda a forma de incidência da quantificação do valor adicionado sobre geração,

¹³ Processo nº 0724758-80.2014.8.02.0001. Justiça Estadual de Alagoas.

transmissão e distribuição da energia elétrica, no contexto da parcela da receita de ICMS transferida aos municípios alagoanos.

Compreendo que a tese supracitada não merece prosperar, conforme argumentado durante todo o trabalho e em consonância com a jurisprudência atual do STJ. É identificável uma controvérsia de interpretação na jurisprudência do STJ, de modo que num primeiro instante este Tribunal incorporou a tese do fato gerador do ICMS sobre energia elétrica ocorrido na geração¹⁴ e posteriormente considerou ocorrida no consumo¹⁵.

Ora, o ICMS sobre energia elétrica, devido a sua natureza especial de incidência, ocorre em uma única operação, qual seja a do consumo. Dessa forma, a produção, distribuição e transformação de energia não configuram, isoladamente, fatos geradores do ICMS, que somente se aperfeiçoa com o consumo da energia elétrica.

O critério de rateio do ICMS arrecadado pelo Estado toma em conta o valor adicionado fiscal que ocorre no território de cada município onde se efetiva a incidência tributária do imposto. Como o fato gerador não ocorre no município da geração, distribuição ou transformação de energia elétrica, não há que se falar em participação do município produtor, distribuidor ou transformador na partilha do ICMS incidente sobre as operações de energia.

Dessa forma, a Fazenda Pública do Estado de Alagoas poderia acrescer (ou retificar) no tocante ao índice de participação dos Municípios de Messias e Delmiro Gouveia, valor proporcional à operação de consumo de energia verificada em seus respectivos territórios.

CONCLUSÃO

Ao analisar todo o trabalho percebe-se que ainda há controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, contudo, a tese que merece prosperar é a de o fato gerador do ICMS sobre energia elétrica ocorre no consumo, com seus aspectos definidos da seguinte forma: O aspecto material se aperfeiçoa com a operação do consumo; o aspecto temporal e espacial corresponde ao momento e local onde é consumida a energia; o aspecto quantitativo refere-se à base de cálculo que está especificada no documento da conta de energia, correspondente ao valor do consumo em KWH, com a alíquota pertinente ao índice de consumo, prevista em lei estadual, resultando no valor da prestação a ser paga. A base de

¹⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp: 867042/AL 2006/0119650-5, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux. Data de Julgamento: 17/06/2008. Publicação em Dje: 07/08/2008.

¹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. EREsp 811.712/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Rel. p/ Acórdão Min. Castro Meira, Data de Julgamento: 12/12/2012. Publicação em Dje 06/03/2013.

cálculo confirma o aspecto material do fato gerador relativo ao consumo da energia e não de sua geração e/ou distribuição, correspondendo a distribuidora à responsável tributária por incluir o imposto na conta, recebê-lo do contribuinte (consumidor final) e repassá-lo para o Estado.

Conclui-se, dessa forma, que os tribunais brasileiros encontram-se em processo de mudança de entendimento, como se vislumbra nas jurisprudências atuais do STJ e do TJ/AL, que entendiam ocorrer o fato gerador do ICMS sobre energia elétrica na geração e/ou distribuição de energia e atualmente têm-se encaminhado para a compreensão de que o mesmo ocorre no consumo. Sendo assim, o fato gerador do ICMS sobre energia elétrica ocorre no Estado onde se efetiva o consumo e, em consequência disso, a legitimidade para percepção do repasse da receita arrecada pertence aos Municípios situados onde ocorre o consumo da energia elétrica, gerando uma maior justiça financeira em sua distribuição.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 5ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

CAMPOS, Clever Mazzoni. **Introdução ao Direito da energia elétrica**. São Paulo: Ícone, 2001.

CARRAZA, Roque Antonio. **ICMS**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. 5ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FREITAS, Vladimir Passos de (org.). **Código Tributário Nacional Comentado: Doutrina e Jurisprudência**, artigo por artigo. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HARADA, Kiyoshi. **O ICMS gerado por Usinas Hidroelétricas e o problema de seu rateio entre os municípios**. In Portal Jurídico Investidura. Florianópolis: out. 2008. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-tributario/1056>>. Acesso em: 28 fev. 2016.

JORGE, Tárzis Namatela Sarlo. **Manual do ICMS: Direito Tributário Material, Processual e Direito Penal Tributário**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; NETTO, Antonio Alves Pereira. **A energia elétrica como mercadoria supérflua para fins do icms e seu controle judicial**. XXIV Encontro Nacional do CONPEDI. Aracajú: jun. 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/z6ga0z97/1D256g21LIAWI039.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2016.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. O fato gerador do ICMS nas operações com energia elétrica e seu reflexo na repartição de receitas. **Revista da ESMAL**/ Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas nº 1. Maceió: ESMAL, 2002.

MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS: teoria e prática**. 11ª Ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MENEZES, João Felipe Oliveira de. **Legitimidade ativa *ad causam* do consumidor final para discussão relativa ao ICMS sobre energia elétrica nas demandas contratadas**. In: *IBET*. Salvador. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/WEB/monografias/2011.2/213.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2016.