

Artigo de Paulo Pedrosa. A substituição tributária do ICMS no mercado livre de energia em SP

PEDROSA, Paulo. A substituição tributária do ICMS no mercado livre de energia em SP. Canal Energia, Rio de Janeiro, 15 de julho de 2009.

O setor elétrico vem mantendo o rumo e uma estabilidade invejáveis em uma trajetória de contínuas melhorias durante várias gestões, em um processo que teve seu marco inicial com a aprovação da Lei Geral de Concessões em 1995. Alguns pontos estão consolidados, como a adoção de distintas abordagens para os segmentos potencialmente competitivos e os que constituem monopólios naturais.

Assim, para a produção e comercialização foi implantado um modelo competitivo que procura atrair, sem discriminação, capitais de diversas naturezas, seja no acesso aos projetos que venderão para o ambiente cativo seja no próprio mercado de atendimento aos consumidores livres. Naturalmente, a competição se submete a uma regulação independente, mas que segue políticas de governo e de acordo com um planejamento integrado.

Também no campo dos monopólios naturais de transporte de energia, transmissão e distribuição, o movimento geral é positivo e sempre com o foco de definir o negócio e seus riscos, estimular ganhos de eficiência e seu compartilhamento com os consumidores, dando maior clareza quanto às regras e transparência para investidores e consumidores.

Embora ainda seja possível avançar na consolidação e aperfeiçoamento do setor elétrico brasileiro é importante reconhecer o quanto avançamos e amadurecemos. Se as agendas nem sempre são coincidentes sobre como alcançar os objetivos comuns de modicidade e segurança, vemos agora grande convergência e unidade sobre o que é necessário preservar.

É justamente a necessidade de preservação que levou diversas empresas e associações do setor elétrico a tentar dialogar com a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo em relação à implantação da substituição tributária no mercado livre de energia. Infelizmente o diálogo foi infrutífero, talvez em função da dificuldade em trazer para a pauta questões específicas da energia elétrica e de seu mercado livre no momento em que se implantava um novo modelo de substituição tributária para dezenas de segmentos da economia de São Paulo.

Consumada a inclusão do setor elétrico no tratamento comum, restou apenas o questionamento judicial, o que foi feito pelos distribuidores, através da Abradee, na esfera da Justiça paulista e, mais recentemente, pela Abraceel, que, mediante o ajuizamento de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) perante o Supremo Tribunal Federal, contestou a constitucionalidade do decreto paulista.

Essa iniciativa rapidamente passou a contar com a participação de outras associações (Abiape, Apine e Abradee – às quais agora se agrega o Sindicato da Indústria da Energia Elétrica no Estado de São Paulo – SIESP), além da própria Aneel. Todos ingressaram na mesma ação judicial na condição de “amicus curiae”. O Instituto Acende Brasil, Abrace e Anace manifestaram seu apoio à causa em correspondência ao presidente do Supremo, ministro Gilmar Mendes. A Abrage, Abragef e a ABCE já haviam se manifestado contrários à medida em carta conjunta das associações dirigida à Secretaria da Fazenda de São Paulo.

Criado o conflito, é importante restringi-lo a sua real dimensão. Em primeiro lugar é importante assegurar que todos os segmentos da cadeia produtiva de energia, os consumidores, suas associações, o regulador e a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE estão unidos em torno de que estejam disponíveis todos os instrumentos para a fiscalização tributária. Foi inclusive aberta uma consulta pública pela Aneel para alteração dos Procedimentos de Comercialização justamente com este objetivo.

Em segundo lugar não se questiona a substituição tributária como um todo, mas a sua aplicação para o mercado livre. São muitas as razões apresentadas pelos diversos segmentos do setor que se manifestaram perante o Supremo, naturalmente focadas nas questões constitucionais. Mas vale lembrar também que existem incompatibilidades com o marco legal, sem contar as conseqüências que fortemente perturbam o funcionamento do setor, que por si só são forte argumento contrário à medida de São Paulo.

Não há dispositivo legal que permita aos governos estaduais atribuir às distribuidoras locais a cobrança do ICMS do mercado livre. Elas não ocupam qualquer tipo de posição na cadeia de comercialização de energia para o mercado livre e, neste caso, como ressaltado em recente parecer da Aneel, ocorreria uma espécie de “substituição lateral”, a qual não encontra amparo na lei. Como a ninguém pode ser atribuída uma obrigação, a não ser na forma da lei, esta medida fere inclusive a Constituição Federal.

Adicionalmente, a medida tomada pelo Governo de São Paulo afeta o modelo do setor, com a redistribuição de custos e riscos entre segmentos e mesmo com a geração de novos efeitos, como os decorrentes da incidência do PIS-Cofins sobre o acréscimo da base de recolhimento do ICMS das distribuidoras. Todos estes efeitos contrariam a Constituição no tocante à responsabilidade pela prestação dos serviços públicos e exclusividade atribuída à União para definir, na forma de leis, o funcionamento do setor elétrico e de seu modelo tarifário. Há, portanto, desrespeito ao equilíbrio federativo.

A divulgação dos preços pagos pelos consumidores, exigida pelo novo processo, é outro ponto particularmente grave para o mercado livre, que tem no princípio constitucional da competição e na livre concorrência a base para sua eficiência e para a modicidade de preços. Também muito grave para o mercado livre é a introdução de uma terceira parte (no caso as distribuidoras) em uma operação bilateral entre compradores e vendedores da energia.

Agora, o setor elétrico volta suas expectativas para a decisão a ser oferecida pelo STF,

pois, na esteira da decisão tomada pelo Governo de São Paulo, outros estados já enveredam pelo mesmo caminho, como Mato Grosso. Temos confiança que, no julgamento do mérito, o Supremo acatará os argumentos formulados pelo setor elétrico, garantindo não só a confidencialidade dos contratos, mas, também, cumprindo o seu papel de guardião da Constituição Federal.

Temos igualmente confiança no diálogo com o Governo de São Paulo, para, preservado o bom funcionamento do setor elétrico, oferecer ao Estado todas as condições necessárias à adequada fiscalização do recolhimento do ICMS.

Paulo Pedrosa é presidente da Associação Brasileira dos Agentes Comercializadores de Energia Elétrica (Abraceel)