

São Paulo, 30 de agosto de 2021.

ABRACEEL – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS COMERCIALIZADORES DE ENERGIA

SHS Quadra 06 Conjunto A Bloco C Sala 1707

Ed. Business Center Tower - Brasil XXI

CEP 70322-915 - Brasília – DF

Por e-mail

Ref.: **Opinião Legal. Consultoria Tributária. Sumário Executivo. Decreto 65.823/2021. ICMS em operações com energia elétrica.**

Prezados Senhores,

A presente carta vem atender ao Termo de Referência intitulado “Contratação de Contratação de Parecer sobre Decreto Estadual de São Paulo 65.823/2021”, enviado em 19/08/21. Dessa forma, seguem abaixo nossos comentários, registrados na presente minuta sumarizada e sinteticamente. Vale mencionar que a presente carta será sucedida de uma opinião legal, onde discorreremos detidamente acerca dos fundamentos das afirmativas expostas abaixo.

Dos Fatos

1. Em 30 de março de 2009, o Estado de São Paulo aprovou o Decreto n. 54.177/2009, que estabeleceu regras para operacionalização da tributação do ICMS em operações com energia elétrica. Dentre outras, a principal determinação do Decreto foi a de concentrar na figura das distribuidoras, através de sua eleição como contribuinte substituto, a obrigação de recolher o ICMS sobre o valor das diversas operações que viabilizam o fornecimento de energia para o consumidor livre.

2. Para possibilitar a emissão dos documentos fiscais e a correta tributação por parte das distribuidoras, a Fazenda de São Paulo instituiu a DEVEC¹, onde os valores relativos às operações

¹ Declaração do Valor de Aquisição da Energia Elétrica em Ambiente de Contratação Livre, instituída pela Portaria CAT 97/2009.

de consumo de energia elétrica são informados pelo consumidor livre.

3. Em virtude de uma ADI² proposta pela ABRACEEL, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela inconstitucionalidade da substituição tributária insculpida no Artigo 425, I do Regulamento de ICMS do Estado de São Paulo (RICMS/SP).

4. O principal argumento utilizado pela Corte Suprema para fundamentar a decisão foi o de violação ao princípio da legalidade, uma vez que o deslocamento da obrigação principal a um substituto tributário depende de lei em sentido estrito.

5. Na tentativa de adequar seu ordenamento ao resultado do julgamento do STF, a Fazenda de São Paulo editou recentemente o Decreto n. 65.823/2021, que trouxe como principais alterações:

- Os alienantes de energia elétrica (comercializadores) passam a sujeitar-se à incidência do ICMS, na condição de substitutos tributários, nas operações praticadas no Ambiente de Comercialização Livre (ACL);
- Os consumidores, nas hipóteses em que adquiram energia de alienantes estabelecidos fora de São Paulo, passam a sujeitar-se à incidência do ICMS, sendo também responsáveis pelo recolhimento do tributo e emissão de nota fiscal;
- Os alienantes de energia elétrica também passam a sujeitar-se à emissão de nota fiscal, com destaque do ICMS, nas hipóteses em que firmarem contrato de compra e venda de energia no ACL.

6. Finalmente, segundo o próprio decreto, sua vigência está fixada para dia 1º de setembro de 2021.

Das considerações específicas quanto ao Decreto 65.823/2021

7. Feitas essas breves considerações quanto ao panorama legislativo atual e seus precedentes, entendemos que os pontos sumarizados a seguir merecem oposição ao novo dispositivo regulamentador paulista:

² Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.281, Relatora Ministra Rosa Weber, transitada em julgado em 06/02/2021.

- **Violação ao princípio da anterioridade tributária** – ao prever o início de sua vigência para o dia de 1º de setembro de 2021, o Decreto 65.823/2021 fere o disposto no artigo 150, III, “b”³ da Constituição Federal de 1988 (CF/88). A impossibilidade da modificação de quaisquer elementos da regra matriz de incidência tributária, dentre os quais a responsabilidade tributária, já foi por diversas vezes reafirmado pelo STF⁴;
- **Violação aos princípios da isonomia, da vedação à discriminação de origem e livre concorrência** – na medida em que o Estado de São Paulo dispensa tratamento discriminatório ao contribuinte alienante de energia elétrica estabelecido em seu território, viola o artigo 150, II⁵ da CF/88. Assim, caso mantida a sistemática prevista no decreto paulista, os comercializadores de energia elétrica estabelecidos no Estado de São Paulo terminarão por suportar uma carga tributária que, fatalmente, será superior àquela suportada por seus pares, estabelecidos nas demais Unidades da Federação, principalmente se consideramos que parte da cadeia acumulará créditos irrecuperáveis. Ainda, o tratamento dispensado aos comercializadores e consumidores fere o artigo 152⁶ da CF/88, que expressamente veda tratamento tributário diferente entre bens em razão de sua procedência ou destino.
A interpretação estatal exposta no Decreto 65.823/2021 fere também a livre concorrência, princípio da ordem econômica (art. 170, IV, da CF/88), na medida em que finda por estabelecer favorecimento às comercializadoras localizadas em outros Estados em

³ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III - cobrar tributos:

(...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

⁴ As recentes decisões proferidas pelo STF em sede das ADI 6144 e 6624, onde declarada a inconstitucionalidade das hipóteses de substituição tributária estabelecidas pelo Estado do Amazonas.

⁵ Art. 150 (...)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

⁶ Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

detrimento daquelas situadas em São Paulo, onde estão obrigadas a recolher o ICMS. Note-se que, inevitavelmente, os contribuintes paulistas arcarão com o ônus do cumprimento das obrigações principais e acessórias, conforme exigido pelo novo diploma legal.

Ainda, frise-se que o diferimento do imposto incidente sobre as operações entre comercializadoras de energia elétrica **ainda é regra nos demais Estados**, onde não há necessidade de destaque do imposto em tais operações, motivo pelo qual há flagrante tratamento discriminatório, podendo motivar até mesmo o deslocamento das comercializadoras para outros Estados.

- **Inovação no plano da incidência tributária** – ao prever a possibilidade de incidência do ICMS nas etapas de mera comercialização da energia elétrica, ocasião em que não ocorre seu efetivo consumo, o Decreto 65.823/2021 traduz nova hipótese de incidência do imposto, em flagrante oposição à consagrada jurisprudência do STF⁷ que prevê que o fato gerador do imposto é o consumo da energia elétrica. Tal raciocínio foi esposado no Tema 176 onde firmou-se o entendimento de que *“A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”*.
- **Ausência da devida regulamentação das obrigações acessórias** – apesar do prazo próximo de vigência das novas regras, a Fazenda do Estado de São Paulo ainda não regulamentou adequadamente os procedimentos necessários ao cumprimento das disposições do Decreto 65.823/21, principalmente em torno das obrigações acessórias⁸ existentes no Ambiente de Comercialização Livre, mais especificamente sobre as normas ainda vigentes e previstas nas Portarias CAT 97/2009 e 61/2010, gerando dúvidas sobre o fluxo de informações, natureza da guia a ser recolhida, código etc.

8. Segundo nosso entendimento, esses são os principais pontos a serem endereçados em face da reforma regulamentar empreendida pelo Estado de São Paulo, sem prejuízo de outros argumentos que serão levantados quando da elaboração de nossa opinião legal em seu inteiro teor.

⁷ Nesse sentido, vide acórdão proferido pelo plenário do STF em sede do Recurso Extraordinário n. 593.824, cuja relatoria coube ao Ministro Edson Fachin, prolatado em 27 de abril de 2020.

⁸ As mencionadas Portarias da Coordenadoria da Administração Tributárias instituem obrigações acessórias criadas de forma a viabilizar a sistemática prevista no Decreto 54.177/2009, cujos dispositivos foram julgados inconstitucionais. Considerando que não houve a revogação de tais portarias com a superveniência do Decreto 65.823/2021, os contribuintes ainda se encontram, em tese, obrigados ao cumprimento de obrigações tornadas inócuas ou até mesmo contraditórias com o atual texto normativo vigente.

9. Parece-nos patente que, de imediato, estes pontos exigem, ao menos, a necessidade de prorrogação da vigência do referido Decreto para janeiro/2022 para que até lá possa haver efetivo debate e amadurecimento do tema.

10. Sendo o que nos cumpria para o presente momento, permanecemos à disposição para eventuais esclarecimentos que se façam necessários.

Cordialmente,

BICHARA ADVOGADOS

Pedro Teixeira Siqueira Neto

Wolmar Francisco Amélio Esteves

Murillo Estevam Allevato Neto

Eduardo Borges Pinho

Rodrigo Rosas

ABRACEEL - Decreto 65 823 Sumário de Argumentos VF pdf

Código do documento 28d1d1e4-fc79-4ae7-b6ad-cae74cacdc40



Assinaturas



Wolmar Francisco Amélio esteves
wolmar.esteves@bicharalaw.com.br
Assinou como parte

Wolmar Francisco Amélio esteves



Pedro Teixeira de Siqueira Neto
pedro.siqueira@bicharalaw.com.br
Assinou como parte

Pedro Teixeira de Siqueira Neto



Rodrigo Gonçalves Rosas
rodrigo.rosas@bicharalaw.com.br
Assinou como parte

Rodrigo Gonçalves Rosas



Murillo Estevam Allevato Neto
murillo.allevato@bicharalaw.com.br
Assinou como parte

Murillo Estevam Allevato Neto



Eduardo Borges Pinho
eduardo.pinho@bicharalaw.com.br
Assinou como parte

Eduardo Borges Pinho

Eventos do documento

30 Aug 2021, 11:13:58

Documento número 28d1d1e4-fc79-4ae7-b6ad-cae74cacdc40 **criado** por CINTHIA BASTOS CRESPO (Conta b91cae8f-fcf8-4f29-b08d-530af34b0d5d). Email :cinthia.crespo@bicharalaw.com.br. - DATE_ATOM: 2021-08-30T11:13:59-03:00

30 Aug 2021, 11:16:57

Lista de assinatura **iniciada** por CINTHIA BASTOS CRESPO (Conta b91cae8f-fcf8-4f29-b08d-530af34b0d5d). Email: cinthia.crespo@bicharalaw.com.br. - DATE_ATOM: 2021-08-30T11:16:57-03:00

30 Aug 2021, 11:18:48

RODRIGO GONÇALVES ROSAS **Assinou como parte** - Email: rodrigo.rosas@bicharalaw.com.br - IP: 191.19.108.80 (191-19-108-80.user.vivozap.com.br porta: 15500) - [Geolocalização: -23.573529999999998 -46.675787199999995](#) - Documento de identificação informado: 364.555.288-08 - DATE_ATOM: 2021-08-30T11:18:48-03:00

30 Aug 2021, 11:30:15

MURILLO ESTEVAM ALLEVATO NETO **Assinou como parte** - Email: murillo.allevato@bicharalaw.com.br - IP: 177.25.178.239 (ip-177-25-178-239.user.vivozap.com.br porta: 46100) - [Geolocalização: -22.965843472124696](#)

-43.20294397983788 - Documento de identificação informado: 059.200.157-13 - DATE_ATOM:
2021-08-30T11:30:15-03:00

30 Aug 2021, 11:51:11

WOLMAR FRANCISCO AMÉLIO ESTEVES **Assinou como parte** (Conta e2fdb687-8ef6-4011-9644-439183c1453e) -
Email: wolmar.esteves@bicharalaw.com.br - IP: 201.42.90.53 (201-42-90-53.dsl.telesp.net.br porta: 39966) -
Geolocalização: -23.6923325 -46.7063482 - Documento de identificação informado: 256.631.838-76 - DATE_ATOM:
2021-08-30T11:51:11-03:00

30 Aug 2021, 13:26:32

PEDRO TEIXEIRA DE SIQUEIRA NETO **Assinou como parte** - Email: pedro.siqueira@bicharalaw.com.br - IP:
191.193.6.20 (191-193-6-20.user.vivozap.com.br porta: 55116) - **Geolocalização: -23.6453888 -46.7009536** -
Documento de identificação informado: 117.021.367-79 - DATE_ATOM: 2021-08-30T13:26:32-03:00

30 Aug 2021, 15:35:17

EDUARDO BORGES PINHO **Assinou como parte** - Email: eduardo.pinho@bicharalaw.com.br - IP: 189.120.79.158
(bd784f9e.virtua.com.br porta: 64798) - Documento de identificação informado: 074.040.584-57 - DATE_ATOM:
2021-08-30T15:35:17-03:00

Hash do documento original

(SHA256):9af849447ab173ed1f20d23b5773a2c956ec6ac733d7046d322beeea0e91dd83

(SHA512):fad018aac7fa44d55cb8189d44bd012425a10a24d37e9912946b1b195922d8434b907ec92a7eb041e48860a4e3c628f663811ad050468fdf1ea2de7f3f5ff8a5

Esse log pertence **única e exclusivamente** aos documentos de HASH acima

Esse documento está assinado e certificado pela D4Sign