

14/08/2025

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S)	: ABRADÉE - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA
ADV.(A/S)	: MARCELO MONTALVAO MACHADO
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL
ADV.(A/S)	: BRENO RIGHI
ADV.(A/S)	: MATEUS FERNANDES VILELA LIMA
ADV.(A/S)	: FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE COMUNICAÇÃO E EDUCAÇÃO EM DEFESA DOS CONSUMIDORES E INVESTIDORES - (ICDESCA)
ADV.(A/S)	: ERLINAE DA SILVA TEIXEIRA
AM. CURIAE.	: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL
ADV.(A/S)	: FÁBIA MARA FELIPE BELEZI
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE GÁS CANALIZADO - ABEGÁS
ADV.(A/S)	: ERICK DE PAULA CARMO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GRANDES CONSUMIDORES INDUSTRIAIS DE ENERGIA E DE CONSUMIDORES LIVRES ; ABRACE
ADV.(A/S)	: SEBASTIAO BOTTO DE BARROS TOJAL

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SETOR ELÉTRICO. LEI Nº 14.385/2022. ATRIBUIÇÃO À ANEEL PARA DESTINAR AOS USUÁRIOS OS VALORES DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO DAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA. POLÍTICA TARIFÁRIA. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PEDIDO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

ADI 7324 / DF

I. CASO EM EXAME

1. Ação Direta ajuizada pela Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (ABRADEE) contra a Lei 14.385/2022, que conferiu à ANEEL competência para destinar aos usuários de energia elétrica, no âmbito de política tarifária, os valores decorrentes de repetição de indébito tributário das distribuidoras.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Está em discussão: (i) definir se a Lei nº 14.385/2022 invade matéria reservada à lei complementar por tratar de repetição de indébito tributário; (ii) verificar se a norma ofende a coisa julgada formada nas ações tributárias das distribuidoras; (iii) apurar se há afronta ao direito de propriedade e à isonomia; (iv) avaliar se a norma retroage indevidamente para alcançar fatos pretéritos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A norma impugnada não disciplina a repetição do indébito tributário, mas apenas a destinação dos valores correspondentes na composição das tarifas, sendo legítimo que, havendo restituição do indébito às distribuidoras, tal montante repercuta em favor dos usuários, para manutenção da modicidade e do equilíbrio econômico-financeiro das concessões.

4. O Supremo Tribunal Federal, acompanhando precedentes do STJ (REsp 1.185.070/RS) e do próprio STF (RE 1.053.574), reafirma que os reflexos tributários devem ser refletidos nas tarifas, *“para mais ou para menos”*, conforme os princípios da sinalagmaticidade e da continuidade do serviço público.

5. A revisão tarifária está sujeita a prazo prescricional, pelo que a ANEEL tem 10 anos, a partir do momento em que a empresa concessionária é favorecida pela repetição de tributos anteriormente repassados ao consumidor, para incluir esses valores no processo de revisão tarifária, em prol da modicidade das tarifas.

6. Atribui-se interpretação conforme à Constituição à Lei nº 14.385/2022 para: (i) permitir a dedução dos tributos incidentes sobre a restituição e dos honorários específicos pagos para obtenção do indébito;

ADI 7324 / DF

(ii) fixar prazo prescricional de 10 anos, contados da restituição ou da homologação definitiva da compensação; e (iii) vedar a repetição de valores recebidos de boa-fé pelos usuários.

IV. DISPOSITIVO

7. Ação Direta julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei 14.385/2022 para definir que a destinação dos valores de indébitos tributários restituídos (i) permite a dedução dos tributos incidentes sobre a restituição, bem como dos honorários específicos dispendidos pelas concessionárias, para o fim de obter a repetição do indébito; (ii) observe o prazo de 10 anos, contados da data da efetiva restituição do indébito às distribuidoras ou da homologação definitiva da compensação por elas realizada; e (iii) que o recebimento de boa-fé a maior pelo usuário consumidor não será objeto de repetição.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, arts. 5º, XXXVI; 24, I; 146, III, b; 175, parágrafo único, III. Leis nºs 8.987/1995, arts. 9º, §§ 2º e 3º; 9.427/1996, arts. 3º, XXII e §8º, e 3º-B; 14.385/2022.

Jurisprudência relevante citada: STF, RE nº 567.935/SC, Rel. Min. Marco Aurélio; STF, ADI nº 3.141, Rel. Min. Roberto Barroso; STF, RE nº 1.053.574, Rel. Min. Gilmar Mendes; STJ, REsp nº 1.185.070/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão do Plenário, por maioria, julgaram parcialmente procedente o pedido, para dar interpretação conforme à Lei nº 14.385/2022 de modo a definir que a destinação dos valores de indébitos tributários restituídos (i) permita a dedução dos tributos incidentes sobre a restituição, bem como dos honorários específicos dispendidos pelas concessionárias, para o fim de obter a repetição do indébito; e (ii) observe o prazo de 10 anos, contados da data da efetiva restituição do indébito às distribuidoras ou da homologação definitiva da compensação por elas realizada. Por fim, o Tribunal decidiu que o

ADI 7324 / DF

recebimento de boa-fé a maior pelo usuário consumidor não será objeto de repetição. Ficaram parcialmente vencidos: (a) quanto ao prazo decenal, os Ministros LUIZ FUX e ANDRÉ MENDONÇA, que votavam pelo prazo quinquenal; e (b) quanto ao marco temporal, os Ministros ALEXANDRE DE MORAES (Relator), CRISTIANO ZANIN, NUNES MARQUES e CÁRMEN LÚCIA, que entendiam que o marco temporal se daria a partir da vigência da lei, e o Ministro ANDRÉ MENDONÇA, que entendia que o marco se daria com a abertura de processo na ANEEL.

Brasília, 14 de agosto de 2025.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

Documento assinado digitalmente

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S) : ABRADÉE - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA

ADV.(A/S) : MARCELO MONTALVAO MACHADO (34391/DF, 31755-A/PA, 4187/SE, 357553/SP)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : BRENO RIGHI (110378/MG, 110378/MG)

PROC.(A/S)(ES) : MATEUS FERNANDES VILELA LIMA (36455/DF)

PROC.(A/S)(ES) : FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA (40645/BA, 31546/DF)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE COMUNICAÇÃO E EDUCAÇÃO EM DEFESA DOS CONSUMIDORES E INVESTIDORES - (ICDESCA)

ADV.(A/S) : ERLINAEI DA SILVA TEIXEIRA (19855/MA)

AM. CURIAE. : AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL

PROC.(A/S)(ES) : FÁBIA MARA FELIPE BELEZI

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE GÁS CANALIZADO - ABEGÁS

ADV.(A/S) : ERICK DE PAULA CARMO (86712/MG)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GRANDES CONSUMIDORES

INDUSTRIAIS DE ENERGIA E DE CONSUMIDORES LIVRES ; ABRACE

ADV.(A/S) : SEBASTIAO BOTTO DE BARROS TOJAL (66905/SP)

Decisão: Após o voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), que julgava improcedente o pedido formulado na ação direta, o processo foi destacado pelo Ministro Luiz Fux. Falaram: pela requerente, o Dr. Cairo Trevis Chagas; pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Raphael Ramos Monteiro de Souza, Advogado da União; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres - ABRACE, a Dra. Renata Rocha Villela; e, pelo *amicus curiae* Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Gás Canalizado - ABEGÁS, o Dr. Marcus Livio Gomes. Plenário, Sessão Virtual de 10.11.2023 a 20.11.2023.

Composição: Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente), Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça e Cristiano

Zanin.

Carmen Lillian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

04/09/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S)	: ABRADÉE - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA
ADV.(A/S)	: MARCELO MONTALVAO MACHADO
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL
ADV.(A/S)	: BRENO RIGHI
ADV.(A/S)	: MATEUS FERNANDES VILELA LIMA
ADV.(A/S)	: FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE COMUNICAÇÃO E EDUCAÇÃO EM DEFESA DOS CONSUMIDORES E INVESTIDORES - (ICDESCA)
ADV.(A/S)	: ERLINAE DA SILVA TEIXEIRA
AM. CURIAE.	: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL
ADV.(A/S)	: FÁBIA MARA FELIPE BELEZI
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE GÁS CANALIZADO - ABEGÁS
ADV.(A/S)	: ERICK DE PAULA CARMO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GRANDES CONSUMIDORES INDUSTRIAIS DE ENERGIA E DE CONSUMIDORES LIVRES ¿ ABRACE
ADV.(A/S)	: SEBASTIAO BOTTO DE BARROS TOJAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação Brasileira das Distribuidoras de Energia Elétrica – ABRADÉE, tendo por objeto a Lei 14.385/2022, que “altera a Lei nº 9.427,

ADI 7324 / DF

de 26 de dezembro de 1996, para disciplinar a devolução de valores de tributos recolhidos a maior pelas prestadoras do serviço público de distribuição de energia elétrica”. Eis o teor dos dispositivos impugnados:

Art. 1º. A Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º [...]

XXII - promover, de ofício, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica em razão de recolhimento a maior, por ocasião de alterações normativas ou de decisões administrativas ou judiciais que impliquem redução de quaisquer tributos, ressalvados os incidentes sobre a renda e o lucro.

[...]

§ 8º Para a destinação de que trata o inciso XXII do caput deste artigo, a Aneel deverá estabelecer critérios equitativos, considerar os procedimentos tarifários e as disposições contratuais aplicáveis e observar:

I - as normas e os procedimentos tributários aplicáveis à espécie;

II - as peculiaridades operacionais e processuais relativas a eventuais decisões judiciais ou proferidas por autoridade tributária competente;

III - a destinação integral dos valores do indébito, após apresentação ao órgão fazendário competente de requerimento do crédito a que faz jus, nos termos da legislação de cada ente tributário;

IV - os valores repassados pelas distribuidoras de energia elétrica diretamente aos consumidores em virtude de decisões administrativas ou judiciais; e

V - o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.”

“Art. 3º-B. A Aneel deverá promover, nos processos tarifários, a destinação integral, em proveito dos usuários

ADI 7324 / DF

de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica relacionados às ações judiciais transitadas em julgado que versam sobre a exclusão do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) da base de cálculo da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Contribuição para o PIS/Pasep) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

§ 1º Para a destinação de que trata o caput deste artigo, deverão ser considerados nos processos tarifários:

I - o valor total do crédito utilizado em compensação perante a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, acrescido de juros conforme o § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995;

II - a integralidade dos valores dos créditos requeridos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil a serem compensados até o processo tarifário subsequente, conforme projeção a ser realizada pela Aneel;

III - os tributos incidentes sobre os valores repetidos de que trata o caput deste artigo;

IV - os valores repassados pelas distribuidoras de energia elétrica diretamente aos consumidores em virtude de decisões administrativas ou judiciais; e

V - a capacidade máxima de compensação dos créditos da distribuidora de energia elétrica.

§ 2º A destinação de que trata o caput deste artigo dar-se-á nos processos tarifários anuais, a partir do primeiro processo tarifário subsequente ao requerimento à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

§ 3º Ressalvada a forma de destinação de que trata o inciso II do § 1º deste artigo, a Aneel poderá determinar a

ADI 7324 / DF

antecipação da destinação do crédito ao requerimento à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, desde que:

I - haja anuência da distribuidora de energia elétrica quanto ao valor a ser antecipado;

II - seja a distribuidora de energia elétrica restituída da remuneração referente ao valor antecipado.

§ 4º A remuneração da antecipação de que trata o § 3º deste artigo será definida pela Aneel.

§ 5º O disposto no § 3º deste artigo é aplicado ao crédito ainda não requerido à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, desde que haja anuência da distribuidora de energia elétrica.

§ 6º A Aneel promoverá revisão tarifária extraordinária com vistas a efetuar exclusivamente a destinação de que trata o *caput* referente às decisões judiciais anteriores à entrada em vigor deste artigo.

§ 7º O disposto no § 6º deste artigo aplica-se às distribuidoras de energia elétrica cujos últimos processos tarifários tenham sido homologados a partir de janeiro de 2022.”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Em síntese, a Requerente argumenta que, ao incluir hipóteses no rol de competências da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, bem como determinar que as distribuidoras de energia elétrica repassem aos respectivos usuários, pela via tarifária, os valores de indébitos tributários da Contribuição do Programa de integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) restituídos como consequência da exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) de suas bases de cálculos, na forma do Tema 69 da Repercussão Geral desta SUPREMA CORTE, os dispositivos questionados incorreriam em inconstitucionalidades formal e material.

No que se refere à legitimidade para o controle abstrato, consignou que a Entidade reúne todo o setor econômico de distribuição de energia

ADI 7324 / DF

elétrica. No mais, que há pertinência temática por serem as normas dirigidas às distribuidoras de energia elétrica.

Sob a primeira perspectiva, argumentou que, por desrespeito à reserva de lei complementar (CF, art. 146, III), a legislação ordinária questionada haveria de ser reputada formalmente inconstitucional, uma vez que “disciplina indevidamente normas gerais de Direito Tributário, especialmente em relação à titularidade do direito de crédito nas restituições tributárias”. Portanto, por esse prisma, trata-se de norma que dispõe sobre relação jurídica tributária. Nesse sentido, a norma impugnada é formalmente inconstitucional por disciplinar repetição de indébito tributário e sua respectiva titularidade, detendo natureza de normas gerais. Assim, estar-se-ia diante da exigência de lei complementar para dispor sobre a matéria.

Sustentou que a nova destinação de valores alusivos a repetições de indébito já transitadas em julgado prevista pelo art. 3º-B, da Lei 9.427/1996, afrontaria a coisa julgada material e o ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI), bem como o direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII), pois, “uma vez que o Poder Judiciário reconheceu, definitivamente, o direito de crédito da contribuinte, esse direito creditório passa a compor o acervo patrimonial da distribuição em questão, pelo que transferir esse elemento patrimonial a outrem, mediante edição de lei ordinária, é verdadeira expropriação, efetuada sem devido processo legal e sem justa causa”. Nesse sentido, a lei estaria a prejudicar a coisa julgada, bem como, considerando que a norma alcança restituições já perfectibilizadas, haveria ofensa ao ato jurídico perfeito. Na mesma toada, haveria violação ao direito de propriedade porque se trata de direito de crédito que já compõe o patrimônio das distribuidoras de energia elétrica, havendo expropriação sem observância do devido processo legal e sem justa causa.

Pela mesma razão, defendeu a impossibilidade de os novos poderes-deveres atribuídos à ANEEL, pelo art. 3º, XXII e § 8º, da Lei 9.427/1996, serem direcionados a fatos pretéritos, de modo a atingir restituições tributárias consumadas e coisas julgadas formadas previamente à edição

ADI 7324 / DF

da lei atacada.

Por fim, afirmou que a criação de obrigações de repasse impositivo de modo retroativo, aparentemente sem qualquer limite temporal para a projeção desses efeitos, configuraria expediente legislativo contrário à segurança jurídica, do qual decorreria, igualmente, um caos regulatório que resulta num cenário de insegurança jurídica e iniquidade para os próprios usuários do serviço público de distribuição de energia elétrica.

Formula pedido cautelar para suspender os efeitos do art. 3º-B e, em relação aos fatos anteriores à sua entrada em vigor, do art. 3º, XXII e § 8º, ambos da Lei 9.427/1996, inclusive no que se relaciona às revisões tarifárias já implementadas.

No mérito, requereu a declaração de inconstitucionalidade total da Lei 14.385/2022, por violação à reserva de lei complementar constante do art. 146, III, da Constituição Federal. Subsidiariamente, pleiteia a declaração de inconstitucionalidade (a) do art. 3º-B da Lei 9.427/1996, incluído pela lei 14.385/2022; ou (b) da aplicação retroativa do art. 3º, XXII e § 8º, da Lei 9.427/1996, com a redação dada pela Lei 14.385/2022, a restituições tributárias anteriormente perfectibilizadas e acobertadas por decisões judiciais transitadas em julgado.

Diante da relevância da matéria constitucional suscitada e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, adotei o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999, pelo que determinei a solicitação de informações a serem prestadas pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, bem como pela Agência Nacional de Energia Elétrica. Em seguida, a remessa dos autos ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República.

O Senado Federal apresentou manifestação (Doc. 17), com o registro de que a decisão deste Supremo Tribunal Federal no julgamento dos embargos de declaração no RE 574.706/PR “foi justamente o que motivou a deflagração do processo legislativo que culminou na promulgação da Lei nº 14.385/2022.”. Nesse sentido, incorporou às informações a justificativa apresentada pelo Senador Fabio Garcia ao Projeto de Lei nº 1.280/2022, nos seguintes termos:

ADI 7324 / DF

“O Supremo Tribunal Federal (STF), em 15 de março de 2017, no julgamento do RE nº 574.706-PR, com repercussão geral (Tema nº 69), decidiu que o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) cobrado das distribuidoras de energia elétrica não deve compor a base de cálculo do PIS/COFINS.

A decisão do STF gerou um volume bilionário de recursos a ser recebido pelas distribuidoras de energia elétrica junto à União. Contudo, esses recursos não pertencem a essas empresas, mas a seus consumidores. Isso porque, pela regulação do setor elétrico, os custos do PIS/COFINS recolhido pelas distribuidoras são incorporados às suas tarifas e repassados aos consumidores. Nesse contexto, a apropriação dos recursos pelas empresas representaria um ganho indevido. (...)”

O Senado Federal apontou não existir vício formal porque a “alteração é pontual e específica e diz respeito à necessidade de reestabelecer o equilíbrio econômico e financeiro nos contratos de distribuição de energia elétrica”, não disciplinando norma geral em matéria tributária, mas “sobre a regulamentação do setor elétrico brasileiro”. Manifestou-se, por outro lado, pela inexistência de inconstitucionalidade material.

O Sr. Presidente da República prestou informações (Doc. 19) com o registro de que “a discussão em exame diz respeito ao reequilíbrio do contrato de concessão em favor do consumidor, ante a desoneração tributária ocorrida retroativamente, a partir da fixação do Tema de Repercussão Geral nº 69”. Prossegue no seguinte sentido: “(...) as decisões proferidas nessas ações representam desoneração retroativa da concessão, com efeitos na relação administrativa. Assim, a definição da forma (via

ADI 7324 / DF

tarifa, e não individualmente por CPF ou CNPJ) e do ritmo de devolução dos créditos objeto desta ADI é matéria de política tarifária e não de direito tributário.”

Acresceu que o valor final do serviço prestado pelas concessionárias incorpora os custos de produção, transmissão e distribuição, acrescidos dos tributos. Citou decisão do Superior Tribunal de Justiça no REPS. 1.185.070/RS, quando foi assentada a seguinte tese: “é legítimo o repasse às tarifas de energia elétrica do valor correspondente ao pagamento da Contribuição de Integração Social - PIS e da Contribuição para financiamento da Seguridade Social - COFINS devido pela concessionária”.

Concluiu pela inexistência de ofensa à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, não havendo violação à irretroatividade. Considerando que as concessionárias “nunca arcaram com o custo econômico das contribuições ao PIS e à COFINS”, tendo o consumidor assumido a repercussão econômica.

O Advogado-Geral da União apresentou manifestação (Doc. 24) alegando, em preliminar, a falta de impugnação de todo o complexo normativo porque o artigo 9º, § 3º, da Lei nº 8.987/1995 e as disposições dos contratos de concessão já garantiriam a devolução dos créditos de PIS e COFINS aos consumidores de energia elétrica. Aduziu que “a declaração da inconstitucionalidade do diploma impugnado seria ineficaz, haja vista que remanesceria, no ordenamento jurídico, norma que determina o repasse dos créditos de PIS e COFINS aos consumidores de energia elétrica, pela via tarifária”.

No mérito, o Advogado-Geral da União, alegou inexistir vício formal porque as disposições impugnadas não tratam de direito tributário, mas de direito administrativo, mais especificamente da política tarifária inerente à concessão de serviços públicos. Compreende que não há violação à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito ou ao direito de propriedade, em razão de terem sido “os consumidores finais que arcaram com o pagamento a maior das contribuições ao PIS e à COFINS, na medida em que esse ônus sempre fora repassado integralmente às

ADI 7324 / DF

tarifas de energia elétrica. Uma vez que as concessionárias de energia elétrica nunca foram as titulares do indébito, o acolhimento da tese da requerente representaria hipótese de enriquecimento sem causa.” Por sua vez, não teria ocorrido ofensa à equidade por ser a “alternativa mais benéfica ao consumidor, tendo em vista as dificuldades operacionais de tratamento individualizado (...)”.

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL apresentou informações (Doc. 31) registrou a neutralidade econômica das tarifas para o concessionário de distribuição, por força do artigo 9º, § 3º, da Lei n. 8.987/1995. Com a mudança legislativa que alterou a sistemática de recolhimento para não-cumulativa, o montante dos créditos apurados nas operações anteriores é determinante para se calcular o efetivo ônus tributário. “Desde então, quando da homologação dos reajustes e revisões tarifárias, a ANEEL autoriza que as distribuidoras repassem ao consumidor o efetivo custo incorrido com o pagamento das contribuições ao PIS/PASEP e à COFINS (repercussão econômica), o qual não será coincidente com a alíquota de 9,25% aplicada sobre a receita bruta.”.

A ANEEL apresentou registro, em razão da neutralidade econômica das tarifas, das ações judiciais que acarretam crédito para as distribuidoras e que deverão ser destinados aos usuários. Por sua vez, apresentou informação acerca de procedimento, instaurado por Consulta Pública, acerca da regulamentação pela ANEEL da forma de devolução dos referidos créditos tributários aos consumidores de energia elétrica.

Aduziu que a “devolução integral aos consumidores sempre foi, na avaliação da Agência, a forma de se garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das concessões e/ou permissões, ou seja, o resultado das ações judiciais deveria ensejar alteração das tarifas de energia elétrica em benefício dos usuários do serviço de energia elétrica. Afinal, equilíbrio econômico-financeiro é via de mão dupla, representando garantia não apenas em favor do concessionário, mas também em benefício dos consumidores.”

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL alegou não ter ocorrido ofensa à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito por não terem as

ADI 7324 / DF

distribuidoras arcado com o custo econômico das contribuições ao PIS e à COFINS, sendo tal ônus sempre repassado integralmente às tarifas de energia elétrica. Aduziu que não houve violação à equidade por se tratar de política tarifária, havendo dificuldade operacionais que impedem o tratamento individualizado.

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, por fim, consignou que, por disposição legal, “ressalvado o caso dos impostos sobre a renda, o risco de criação, extinção ou alteração dos tributos ou encargos legais é excluído do concessionário, sendo alocado no consumidor ou usuário. Assim, a variação tributária, com a exceção dos tributos sobre a renda, deve ser neutra para o concessionário”.

O Procurador-Geral da República apresentou manifestação (Doc. 43) opinando, em preliminar, que não houve impugnação de todo o complexo normativo, por ter a Lei 14.385/2022 apenas normatizado com maior detalhamento medida que à poderia ter ido adotada pela ANEEL com base na Lei 8.987/1995.

No mérito, o Procurador-Geral da República manifestou-se pela inexistência de vício formal, uma vez que a norma impugnada não dispõe sobre normas gerais em matéria tributária. No caso, disciplina matéria de direito regulatório. Quanto à apontada inconstitucionalidade material, compreende que “(...)foram os usuários do serviço de energia elétrica que arcaram com os custos, a maior, da contribuição do PIS e da COFINS. Logo, sendo os consumidores os contribuintes de fato não há de se falar em ofensa aos direitos das distribuidoras, uma vez que não foram as responsáveis pelos pagamentos e, por conseguinte, não suportaram prejuízo patrimonial com a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS.”

Deferi o ingresso dos seguintes *amici curiae*: INSTITUTO DE COMUNICAÇÃO E EDUCAÇÃO EM DEFESA DOS CONSUMIDORES E INVESTIDORES (Doc. 27); AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL (Doc. 31); ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE GÁS CANALIZADO - ABEGÁS (Doc. 35); e ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GRANDES

ADI 7324 / DF

CONSUMIDORES INDUSTRIAIS DE ENERGIA E DE CONSUMIDORES LIVRES – ABRACE (Doc. 45).

Foi iniciado o julgamento na Sessão Virtual que teve início em 10/11/2023. No curso da Sessão, o eminente Ministro LUIZ FUX destacou para o julgamento presencial, que ora se inicia.

É o Relatório

04/09/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL**VOTO****O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR):**

A controvérsia constitucional reside na atribuição legal conferida à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL em destinar valores objeto de repetição de indébito tributário pelas empresas Distribuidoras de Energia Elétrica em proveito dos usuários do respectivo serviço público. Ressalvam-se os valores relativos a indébitos de tributos sobre a renda e lucro.

Quanto ao juízo de admissibilidade, reconheço a legitimidade ativa da Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica - ABRADÉE, entidade de classe de âmbito nacional representante de concessionárias de distribuição de energia elétrica, para a propositura da ação, nos termos do art. 103, IX, da Constituição Federal. Resta caracterizada a pertinência temática entre o âmbito de representatividade e as finalidades institucionais da entidade Requerente diante do objeto desta Ação Direta, direcionada à impugnação do disposto na legislação a respeito da destinação, em proveitos dos usuários de serviços públicos, dos valores objeto de repetição de indébitos pelas distribuidoras de energia elétrica.

Ainda, quanto à admissibilidade, o Advogado-Geral da União apresentou manifestação (Doc. 24) alegando, em preliminar, a falta de impugnação de todo o complexo normativo porque o artigo 9º, § 3º, da Lei nº 8.987/1995 e as disposições dos contratos de concessão já garantiriam a devolução dos créditos de PIS e COFINS aos consumidores de energia elétrica. Na mesma linha, o Procurador-Geral da República (Doc. 43) manifestou-se pelo não conhecimento da ação, sustentando que a Requerente deixou de impugnar todo o complexo normativo pelo fato de o art. 9º, §3º da Lei 8.987/1995 prever hipótese de revisão tarifária, para mais ou para menos, quando houver a criação, a alteração ou a extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, ressalvados os impostos sobre a

ADI 7324 / DF

renda.

O artigo 9º, §3º, da Lei 8.987/1995 estabelece que a alteração ou a extinção de quaisquer tributos, ressalvados os impostos sobre a renda, após a apresentação da proposta e quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, *“para mais ou para menos”*. A legislação impugnada, por sua vez, apresenta conteúdo normativo próprio a disciplinar a destinação dos valores objeto de indébito tributário percebidos pelas distribuidoras de energia elétrica. Portanto, ainda que se afirme que tal matéria esteja, em alguma medida, já contemplada, a norma impugnada estabelece critérios, procedimentos e delimitações que permitem a sua sindicabilidade própria.

Sendo assim, presentes os requisitos de admissibilidade, passo ao exame do mérito.

A Lei 14.385/2022 alterou o art. 3º da Lei 9.427/1996, que instituiu a ANEEL e que, dentre outras disposições, estabeleceu as suas respectivas competências. Nesse panorama, ao incluir o inciso XXII ao art. 3º da Lei 9.427/1996, foram conferidas atribuições para Agência Reguladora para promover a destinação *“dos valores objeto de indébito”* tributário pelas distribuidoras de energia elétrica aos respectivos usuários.

Nos termos do art. 3º, XXII, da Lei 9.427/1996, na redação conferida pela Lei 14.385/2022, os valores objeto de repetição de indébito tributário pelas empresas Distribuidoras de Energia Elétrica são destinados, de ofício, pela ANEEL, aos usuários afetados na respectiva área de concessão ou permissão. Os valores em questão referem-se aos indébitos tributários originados pelo recolhimento indevido por ocasião de alterações normativas ou de decisões administrativas ou judiciais.

O §8º do art. 3º da Lei 9.427/1996, incluído pela Lei 14.385/2022, por sua vez, dispõe acerca dos mecanismos que a ANEEL deverá aplicar para a destinação de que trata o referido inciso XXII do art. 3º, devendo manter o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

O art. 3º-B da Lei 9.427/1996, incluído pela Lei 14.385/2022, especificamente, estabelece que a ANEEL deverá promover, nos processos tarifários, a destinação dos valores do indébito, relacionados às ações

ADI 7324 / DF

judiciais transitadas em julgado, decorrente da exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS. Os parágrafos 1º a 7º do art. 3º-B, nesse sentido, dispõem acerca dos critérios e das metodologias que deverão ser adotadas para a efetivação da destinação dos valores objeto de repetições de indébito relativas à exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição para o PIS e da Cofins.

É relevante destacar que as referidas destinações de valores aplicam-se no contexto de processos tarifários, havendo previsão para que a ANEEL destine os valores recebidos a título de repetição de indébito tributário pelas distribuidoras de energia elétrica, em proveito dos usuários. Tal atribuição foi conferida, genericamente, pelo inciso XXII do art. 3º da Lei 9.427/1996, na redação conferida pela Lei 14.385/2022. Além desse aspecto, há a previsão de destinação, em proveito dos usuários, dos valores de indébito decorrente da exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS.

I - Inconstitucionalidade formal – reserva de lei complementar:

A Requerente alegou que a norma impugnada disciplina matéria sob a reserva de lei complementar federal e, por esse motivo, é formalmente inconstitucional. Por dispor sobre repetição de indébito tributário, deteria natureza de norma geral e, por conseguinte, estaria sujeita à exigência constante do art. 146, III, *b*, da Constituição Federal.

Considerando os termos da norma impugnada, o primeiro aspecto a ser abordado é o relativo a sua natureza jurídica, a definir tratar-se de norma geral de direito tributário, ou não.

O indébito refere-se àquele crédito da Fazenda Pública que foi indevidamente pago, de modo que surge para o sujeito passivo o direito ao ressarcimento. Trata-se de consequência do princípio da legalidade tributária, de modo a que o Estado não se locuplete indevidamente, sob qualquer perspectiva, sempre ressalvado o prazo prescricional.

A repetição do indébito tributário insere-se na concepção do tratamento do crédito tributário.

ADI 7324 / DF

A Constituição Federal, nos termos do art. 146, elegeu as matérias que devem ficar sob a reserva de lei complementar. A disciplina geral do crédito tributário está sujeita à tal reserva, nos termos do art. 146, III, *b*, da Constituição. Nesse sentido, normas gerais em matéria de crédito tributário devem ser editadas por lei complementar.

No que se refere à norma impugnada, está-se diante de poder conferido à ANEEL para promover, de ofício, a destinação dos valores relativos ao indébito tributário, ressalvados os incidentes sobre renda e lucro, de titularidade das distribuidoras de energia elétrica, para os usuários do respectivo serviço público. A ANEEL, Agência reguladora do setor elétrico, tem como finalidade regular e fiscalizar a produção, a transmissão, a distribuição e a comercialização de energia elétrica, nos termos do art. 2º da Lei 9.427/1996.

Esse cenário é relevante para a definição do campo temático alcançado pela norma impugnada.

A questão dos reflexos tributários na política tarifária é intrínseca aos regimes de concessão e permissão de serviço público. A Lei 8.987/1995 dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e estabelece que os contratos poderão prever mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, bem como disciplina os impactos tributários na composição da tarifa. Vejamos:

Lei 8.987/1995

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão

ADI 7324 / DF

das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

A norma ora impugnada (Lei 14.385/2022) confere à ANEEL um instrumental específico para destinar aos usuários de energia elétrica valores relativos à repetição de indébito tributário. Dispõe sobre poder regulatório conferido à ANEEL, no contexto da política tarifária.

Os encargos tributários, objeto da repetição de indébito, compuseram a relação econômico-financeira quando devidos. Assim, em momento ulterior, também deverão compô-la em razão da eventual devolução de tais valores. A regra para a revisão da tarifa aplica-se “*para mais ou para menos*”. Há, no caso, a disciplina da destinação dos valores relacionados ao indébito tributário. Não há a disciplina do indébito tributário.

A norma impugnada não disciplina aspectos da relação jurídica tributária. Não dispõe, especificamente, sobre a repetição de indébito tributário. A incidência da norma sob investida dar-se-á em momento ulterior, quando o indébito já compõe a titularidade da empresa distribuidora de energia elétrica. A norma trata da destinação dos valores correlacionados à repetição de indébito. A sua incidência ocorrerá em momento ulterior ao da relação jurídica tributária.

A norma impugnada disciplina matéria atinente à política tarifária que, nos termos do art. 175, parágrafo único, III, da Constituição Federal, não está submetida à reserva de lei complementar.

A própria Requerente afirmou o seguinte: “*Portanto, normas que versam a destinação do produto restituído infletem, central e substancialmente, sobre a temática da restituição tributária*”. Esse ponto é relevante para os fins do exame do alegado vício formal. O produto da restituição do indébito é parte do patrimônio da pessoa e qualquer ingerência sobre tal produto,

ADI 7324 / DF

financeiramente considerado, não será consectário de uma relação da correspondente natureza jurídica tributária.

Dizer que a norma que disciplina o impacto econômico nos processos tarifários dos valores que são objeto de repetição de indébito tem natureza de norma geral de direito tributários seria, *mutatis mutandis*, o mesmo que afirmar que uma previsão normativa de reflexo nas tarifas em razão de alteração ou de extinção de quaisquer tributos, pela mesma razão, deteria essa mesma natureza.

A norma impugnada não dispõe acerca da existência do indébito, do momento em que ele surge ou de como deverá ser ressarcido, tampouco do prazo prescricional ou de qualquer outro aspecto atinente à relação jurídica tributária. Não disciplina matéria atinente à titularidade do direito à restituição do indébito tributário e não está a tratar da sujeição passiva de fato ou de direito ou da legitimidade para pleitear a restituição. A propósito, assim manifestou-se o Procurador-Geral da República:

“As disposições questionadas tratam de matéria de direito regulatório (política tarifária), área do Direito Administrativo. A circunstância de a repercussão jurídica ter se originado de discussão travada, em momento anterior, em tema disciplinado pelo Direito Tributário (composição ou não do ICMS na base de cálculo da contribuição do PIS/Pasep e da COFINS) não significa atribuir à determinação legal de repasse dos valores de crédito tributário recolhidos a maior aos usuários do serviço uma nova modalidade de repetição de indébito, não prevista no Código Tributário Nacional (CTN).”

O Advogado-Geral da União, por sua vez, assim se pronunciou acerca do alegado vício formal:

“Como se sabe, compete à ANEEL a garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e suas repercussões tarifárias, o que inclui impedir a apropriação indébita de valores de titularidade dos consumidores e o

ADI 7324 / DF

enriquecimento sem causa das concessionárias.

Percebe-se, nesse contexto, que a regulamentação da devolução do pagamento a maior aos consumidores, pela via tarifária, é simplesmente a repercussão administrativa de uma discussão travada anteriormente na seara do direito tributário. Assim, a matéria disciplinada pelas normas questionadas não versa sobre direito tributário, mas exclusivamente sobre direito administrativo.”

De todo modo, ainda que se admitisse tratar-se de norma de direito tributário, seria preciso enfrentar a exigência de lei complementar, para tanto. Nos termos do art. 146, III, b, da Constituição Federal, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais sobre crédito tributário.

O Estado brasileiro adota o modelo federativo, tendo na seara tributária uma analítica repartição de competências. Ao passo que bem delimita a competência de cada ente federado, estabelece a uniformidade como norte do poder fiscal. É competência concorrente legislar sobre direito tributário, nos termos do art. 24, I da Constituição Federal. Para que exista racionalidade no sistema, o art. 146 da Constituição Federal estabelece caber à lei complementar dispor sobre conflito de competência em matéria tributária, regular as limitações ao poder de tributar e estabelecer normas gerais em matéria tributária. O norte conferido pelo Constituinte foi o de estabelecer um verdadeiro sistema tributário. Nesse sentido, cito o seguinte:

A observância de normas gerais em matéria tributária é imperativo de segurança jurídica, na medida em que é necessário assegurar tratamento centralizado a alguns temas para que seja possível estabilizar legitimamente expectativas. Neste contexto, "gerais" não significa "genéricas", mas sim "aptas a vincular todos os entes federados e os administrados”.

(RE 433.352 AgR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, 2ª Turma, DJe de 28-5-2010).

A par de exigir racionalidade ao sistema tributário, o texto identifica

ADI 7324 / DF

matérias (“*especialmente sobre*”) cuja normatização geral está reservada à lei complementar.

A tarefa em delimitar o alcance das normas gerais não é simples. Há um recorte no sentido de serem aquelas que dispõem sobre conflito de competência entre os entes federados e regulam as limitações ao poder de tributar. Há, porém, um alcance mais ampliado, diante da própria construção constitucional em distinguir aquelas que tratam “*especialmente*” sobre determinados aspectos da relação tributária, ainda assim no sentido de conferir uniformidade ao sistema jurídico. Como preleciona Ricardo Lobo Torres (Curso de Direito Financeiro e Tributário – 13ª ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 44), *“A expressão ‘normas gerais’ é ambígua, por falta de prévia definição legal e pela própria dificuldade do seu conceito, o que compromete o princípio da reserva absoluta de da lei complementar, eis que tal princípio se apoiaria na existência de um campo material de incidência da norma complementar, o que é problemático. As normas gerais, fundamentalmente, são aquelas que estampam os princípios jurídicos de dimensão nacional.”*

Esta CORTE já teve oportunidade de decidir acerca de legislações que disciplinaram a temática constante do art. 146, III, da Constituição, com vistas a delimitar o campo reservado à lei complementar, por dispor, ou não, sobre normas gerais.

No RE 567.935/SC, com repercussão geral reconhecida, decidiu que viola o art. 146, III, da Constituição Federal, a legislação ordinária que estabeleceu a inclusão na base de cálculo do Imposto sobre Produtos Industrializados dos valores relativos a descontos incondicionais concedidos quando das operações de saída de produtos. Naquela oportunidade, apreciou-se os contornos conferidos à lei complementar em dispor sobre normas gerais. Conclui-se que a legislação impugnada inovou na disciplina da base de cálculo do imposto, ampliando o alcance material para além do previsto no Código Tributário Nacional. Cito trecho do voto condutor do Ministro Relator MARCO AURÉLIO acerca do tema: *“atuando entre a rigidez da Carta e a mutabilidade constante da legislação ordinária, a lei complementar, com caráter de lei nacional, explicita*

ADI 7324 / DF

princípios e conceitos indeterminados da primeira, a fim de balizar a confecção da segunda. A ação posterior do legislador ordinário deve, portanto, observar as normas gerais contidas na lei complementar.”

A norma impugnada disciplina a destinação dos valores objeto de repetição de indébito tributário pelas empresas Distribuidoras de Energia Elétrica em proveito dos usuários do respectivo serviço público. Há específico comando para a Agência reguladora, ainda que se compreenda inserido em relação jurídica tributária. Não há disciplina dos contornos do crédito ou do indébito tributário. Portanto, não invade a reserva de lei complementar por não dispor sobre o momento em que surge o direito à repetição do indébito, os seus termos, a sua titularidade, os seus marcos prescricionais ou qualquer outro aspecto que necessitasse de lei complementar.

Em hipótese cuja legislação ordinária disciplinava a obrigação de retenção na fonte, esta CORTE, na Ação Direta 3.141, conclui pela sua constitucionalidade por não se tratar de regulamentação de matéria sujeita à reserva de lei complementar. Eis a ementa:

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade em que se discute a constitucionalidade da retenção na fonte do Imposto de Renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisões da Justiça do Trabalho, da CSLL, da COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP.

2. A disciplina da retenção de valores pela fonte pagadora não necessita de lei complementar, não se enquadrando no conceito de fato gerador, base de cálculo, contribuinte de tributos (CF, art. 146, a), ou mesmo obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários (CF, art. 146, b).

(...)

(ADI 3.141, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe de 8.2.2019).

Ainda que se compreenda tratar-se de disciplina de matéria tributária, a forma de exteriorização teria sido a adequada, por intermédio de lei ordinária. A norma impugnada não dispõe sobre

ADI 7324 / DF

conflito de competência entre os entes federados, não regula as limitações ao poder de tributar, tampouco estabelece comandos com vistas a uniformidade do sistema tributário.

Naquilo que se refere à presente controvérsia, ao estabelecer que cabe à lei complementar estabelecer norma geral sobre o crédito tributário, como visto, há abrangência para a disposição sobre o indébito. Nesse sentido, o Código Tributário Nacional disciplinou o momento em que surge o indébito e os termos temporais para o exercício do direito de restituição. Quanto ao mais, caberá à legislação ordinária a sua disciplina. É o que sucederia com a norma impugnada, na eventualidade de se superar a premissa, já bem definida, de estar a dispor sobre matéria atinente à política tarifária.

Todavia, compreendo que a matéria objeto de disciplina pela norma impugnada é atinente à política tarifária na relação jurídica de delegação de serviço público, cujo parâmetro constitucional encontra-se no art. 175, parágrafo único, III da Constituição Federal. Sendo assim, a sua edição por intermédio de lei ordinária está em plena conformidade com a previsão constitucional.

II - Política tarifária:

A política tarifária é instrumento de efetivação das políticas públicas submetidas ao regime de delegação de serviços públicos. Tem como norte realizar a prestação do serviço público, preservando a efetiva e a justa remuneração aos respectivos delegatários.

Acerca da política tarifária, Egon Bockmann Moreira bem registra o seguinte: *“O mais importante, contudo, está na conscientização de que o assunto ‘tarifa’ não diz respeito somente à quantificação de receita do projeto concessionários (ou quais custos a serem arcados pelos usuários). A sua função não se limita à pecúnia que circulará entre usuários e concessionários. Além de representar política ativa de distribuição de riqueza e permitir o financiamento da concessão, é a tarifa que define quais serviços serão prestados, bem como quais obras serão feitas (e respectivo prazo de amortização)”*. (Direito das concessões

ADI 7324 / DF

de serviço público – 2ª ed. - Belo Horizonte: Fórum 2022).

A política tarifária encontra previsão e proteção na Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

(...)

III – política tarifária;

A norma impugnada na presente Ação Direta estabelece que os valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica serão destinados, integralmente, em proveito dos usuários. Diante desse cenário, será sob a perspectiva da política tarifária que a presente controvérsia constitucional será apreciada.

Quanto à política tarifária, vem a calhar o que asseverou Diogo de Figueiredo Moreira Neto, nos seguintes termos: *“Segundo o art. 175, III, da Constituição Federal, essa fixação deverá ser política; vale dizer, não será meramente econômica, de modo apenas a não cobrir custos, remunerar a concessionária e aperfeiçoar e expandir os serviços, como deverá também estar dirigida a assegurar a máxima generalidade possível de cobertura, a custo acessível, e harmonizando todos os interesses e sociais em jogo”*. (Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial – 15ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2009, pg. 491).

O tratamento legal a ser conferido à composição das tarifas, o que inclui os reflexos tributários, é uma questão de política pública e esse viés deve nortear a resolução da presente controvérsia constitucional.

A norma impugnada precisa que a ANEEL deverá estabelecer critérios equitativos, considerar os procedimentos tarifários, as disposições contratuais aplicáveis, além do equilíbrio econômico-financeiro da concessão (§8º do inciso XXII do art. 3º da Lei 9.427/1996, na redação conferida pela Lei 14.385/2022). O art. 3º-B, por sua vez, estabelece que a ANEEL deverá promover destinação dos valores em

ADI 7324 / DF

proveito dos usuários “*nos processos tarifários*”.

A norma prevê a destinação integral do indébito, em proveito dos usuários, em providência sempre contida no âmbito de um processo tarifário. Há uma correlação necessária entre a destinação dos valores e o processo tarifário. Os valores correspondentes ao indébito tributário são aqueles que, na origem, foram pagos pelas empresas concessionárias de energia elétrica e, em razão desse ônus, compuseram a tarifa de energia elétrica. Uma vez que venham a ser considerados como tributos indevidos e ocorrida a restituição às empresas concessionárias, o respectivo valor deverá ser considerado, em sede de política tarifária, em proveitos dos usuários. A razão para tanto reside em terem sido considerados na composição da tarifa quando oneraram as concessionárias pelo pagamento do tributo. Essa operação, evidentemente, ocorrerá em momento posterior ao do reflexo na tarifa quando do pagamento indevido do tributo. O respectivo custo das concessionárias foi repassado aos usuários em decorrência do pagamento do tributo, que se operou como um reflexo da relação jurídica tributária, todavia, como decorrência e em razão da realização da política tarifária.

A norma impugnada dispõe sobre o dever-poder da ANEEL em promover, nos processos tarifários, a destinação dos valores de indébitos porque tais montantes foram considerados, quando da incidência do tributo, na composição da tarifa de energia elétrica. Como os usuários suportaram a repercussão econômica quando houve a indevida incidência tributária, os respectivos valores objeto da repetição, igualmente, deverão repercutir na composição tarifária.

O direito de propriedade das empresas distribuidoras de energia elétrica restaria certamente violado na hipótese de a norma impugnada conferir poderes ao ente público para expropriar valores a elas pertencentes, sem justa causa e sem o devido processo legal. Todavia, não é o que ocorre.

A propósito, igualmente, não prospera a alegação de ofensa à isonomia por conta de os usuários atingidos pela destinação dos valores objeto de repetição de indébito não serem, necessariamente, os mesmos

ADI 7324 / DF

de quando houve a repercussão nas tarifas em virtude da incidência tributária. A relação jurídica em questão é de natureza administrativa, contida na política tarifária e não é de cunho tributário. Não se está a tratar de devolução do que foi indevidamente pago pelos usuários do serviço público em decorrência da incidência do tributo. O que há é o reequilíbrio econômico-financeiro da concessão, com utilização, para tanto, dos mecanismos de política tarifária, com vistas a atingir a modicidade nas tarifas.

A questão dos reflexos da incidência tributária para as empresas concessionárias, a propósito, não se apresenta como nova no arcabouço normativo. Em informação apresentada pela Procuradoria-Geral Federal junto à ANEEL (Doc. 20), esse aspecto foi bem delineado no sentido de que a *“hipótese encontra fundamento normativo no artigo 9º, caput e §3º, c/c os arts. 10 e 11, todos da Lei 8.987/1995, bem como o disposto no art. 15 da Lei 9.427/1996 e nos contratos de concessão.”* Sob essa perspectiva, o que fez a Lei 14.385/2022 foi avançar no delineamento normativo quanto à política tarifária nas hipóteses de ressarcimento originado de indébitos de tributos que ensejaram impacto na equação econômico-financeira da concessão. Conferiu-se aperfeiçoamento específico diante da ocorrência de repetição do indébito e, com isso, maior segurança jurídica ao arcabouço normativo disciplinador.

Os valores correspondentes ao indébito tributário é que serão destinados em proveito dos usuários. Tais valores devem estar correlacionados àquela repercussão econômica que ocorreu nas tarifas quando do pagamento do tributo que, posteriormente, foi objeto de ressarcimento por ter sido originado de um indébito. Nessa perspectiva, não haverá indevida afronta ao patrimônio das empresas distribuidoras de energia elétrica. Toda a operação dá-se diante do processo tarifário, e a composição do preço da tarifa não enseja qualquer nível de constrição no patrimônio das empresas concessionárias.

A sistemática que decorre da Lei 14.385/2022 é uma decorrência lógica dos impactos tributários na política tarifária. A propósito, especificamente em relação aos valores correspondentes ao ICMS na base

ADI 7324 / DF

de cálculo do PIS e da COFINS, refiro-me ao quanto já apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.185.070/RS, quando, há mais de uma década, compreendeu pela juridicidade na repercussão dos custos econômicos da tributação nas tarifas de energia elétrica. Naquela oportunidade, figurou como Relator o eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI. Cito a ementa do julgado, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFA. REPASSE DAS CONTRIBUIÇÕES DO PIS E DA COFINS. LEGITIMIDADE.

1. É legítimo o repasse às tarifas de energia elétrica do valor correspondente ao pagamento da Contribuição de Integração Social - PIS e da Contribuição para financiamento da Seguridade Social - COFINS devido pela concessionária.

2. Recurso Especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 1185070/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Seção, DJe de 27/9/2010).

O voto do eminente Relator evidencia que, na composição da tarifa, devem ser considerados os encargos tributários. Naquela oportunidade, foi destacada a natureza onerosa e sinalagmática da prestação dos serviços concedidos, considerando *“inafastável que a contraprestação a cargo do consumidor (tarifa) seja suficiente para retribuir, pelo menos, os custos suportados pelo prestador”*. Nesse sentido, o seguinte trecho do voto de Sua Excelência:

“5. Mutatis mutandis, os mesmos fundamentos justificam, aqui, a manutenção do acórdão recorrido. Segundo dispõe o art. 9º da Lei 8.987/97, “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta lei, no edital e no contrato”. Dada a natureza onerosa e sinalagmática da prestação dos serviços concedidos, é inafastável que a contraprestação a cargo do consumidor (tarifa) seja suficiente

ADI 7324 / DF

para retribuir, pelo menos, os custos suportados pelo prestador, razão pela qual é também inafastável que, na fixação do seu valor, sejam considerados, em regra, os encargos de natureza tributária. É também decorrência natural do caráter oneroso e sinalagmático do contrato de concessão a manutenção, durante toda a sua vigência, da equação econômico-financeira original. Nesse sentido, dispôs a Lei no § 2º do mesmo artigo 9º:

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

E entre as hipóteses de revisão tarifária está justamente a do aumento de encargos de natureza tributária, conforme prevê o § 3º, a saber:

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos.

Não se pode dar razão, assim, à alegação central do recurso, de que o repasse das contribuições do PIS e da COFINS às tarifas de energia elétrica ofende o art. 9º da Lei 8.987/97. Pelo contrário: foi justamente amparado nesse dispositivo de lei que a 1ª Seção, julgando o antes referido REsp 976.836/RS, decidiu pela legitimidade de repasse semelhante, ocorrido em relação às tarifas de serviço de telefonia, infirmando, assim, frontalmente, o entendimento dos acórdãos invocados como paradigmas no recurso especial. São razões por si só suficientes para manter o entendimento do acórdão recorrido.”

O reflexo tributário na política tarifária é uma decorrência lógica para o equilíbrio do contrato de concessão, para mais e para menos. Nesse sentido, a Procuradoria Federal junto à ANEEL (Doc. 20) afirma que a alteração na forma de cálculo dos tributos enseja revisão das tarifas *“quando a carga tributária reflete nos custos da prestação do serviço, repercutindo para mais ou para menos na receita da concessionária, nos termos do artigo 9º, caput e § 3º, c/c o art. 10 e 11, todos da Lei n. 8.987/95, bem como*

ADI 7324 / DF

com o disposto no art. 15 da Lei n. 9.427/1996 e nas cláusulas econômicas dos contratos de concessão.”

A propósito, o equilíbrio econômico-financeiro é ínsito aos contratos de delegação de serviço público. Pode ser bem caracterizado como um instrumento para a preservação da continuidade do serviço público. A respeito do equilíbrio econômico-financeiro, bem anota Maria Sylvia Zanella Di Pietro, nos seguintes termos:

“Hoje é pacificamente aceita a ideia de que o equilíbrio econômico-financeiro se constitui em direito do concessionário e esta ideia está tão arraigada na doutrina e na jurisprudência, que tal direito seria reconhecido ainda que não previsto em lei ou no contrato. Isto porque a teoria do equilíbrio econômico baseia-se em princípios maiores, que independem de previsão no direito positivo: a. o princípio da equidade, que impede que uma das partes experimente locupletamento lícito em detrimento da outra; b. o princípio da razoabilidade, que exige proporção entre o custo e o benefício; c. O princípio da continuidade do contrato administrativo, que determina a manutenção do equilíbrio econômico financeiro indispensável para assegurar a continuidade do contrato; d. o princípio da indisponibilidade do interesse público, pois, se o contrato é necessário para atender a alguma necessidade imperiosa da Administração a esta incumbe assegurar sua continuidade, recompondo o equilíbrio econômico- financeiro do contrato”. (Parcerias na Administração Pública concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada - 13a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 120).

A realização do equilíbrio econômico-financeiro tem como uma das suas principais ferramentas a política tarifária. A propósito, esse aspecto foi abordado no voto do Ministro Relator GILMAR MENDES no julgamento do Recurso Extraordinário 1.053.574, oportunidade em que esta CORTE entendeu legítimo o repasse econômico aos usuários de serviço público de telefonia das contribuições ao PIS/COFINS. Cito o

ADI 7324 / DF

seguinte trecho:

“Diante da ocorrência de **fatos imprevisíveis** ou previsíveis de consequências incalculáveis que configurem a álea econômica extraordinária, impõe-se a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, que, nos contratos de concessão de serviço público, como é o caso em tela, pode ser feito pela via da **política tarifária** . Por outro lado, os fatos integrantes da álea ordinária, ou seja, do risco do negócio, não ensejam a revisão contratual.

Uma das situações que enseja a revisão tarifária é justamente a alteração na estrutura tributária incidente sobre o serviço público concedido. Tal revisão funda-se, também, **na justa remuneração do concessionário pelos serviços prestados**, a qual deve incluir, além dos custos diretos e indiretos da prestação, os tributos incidentes na operação.”

(RE 1053574, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 22/11/2019).

Os usuários do serviço público são diretamente afetados pelas medidas tendentes a manter o equilíbrio contratual, seja na majoração de tarifas, seja no sentido do abrandamento. A legitimidade do repasse econômico pressupõe o ônus suportado pelo prestador do serviço e a sua justa remuneração. Se o elemento que deu causa à repercussão econômica em razão do impacto tributário na tarifa deixou de existir porque fora objeto de restituição de indébito para a distribuidora de energia elétrica, a mesma razão deve ser aplicada no momento subsequente. A Lei 14.385/2022 conferiu um dever-poder específico para a Agência reguladora em fazer repercutir nas tarifas os correspondentes reflexos econômicos originados de repetições de indébito. A despeito de já existir a previsão do art. 9º, §3º da Lei 9.868/1995, o legislador delineou procedimentos específicos para a recomposição tarifária a ser implementada nesse cenário.

IV – Ofensa à coisa julgada:

ADI 7324 / DF

A norma impugnada, ao disciplinar parcela de competência da Agência regulatória em energia elétrica, estabelece que os valores correspondentes aos indébitos tributários deverão ser destinados em proveito dos usuários de serviços públicos. Quanto a esse aspecto da controvérsia, ressalte-se que o objeto de deliberação não é o indébito tributário, em si considerado e diante da sua subjacente relação jurídica fundante. A controvérsia está centrada nos valores *correspondentes* ao indébito, porque tal montante, em determinada medida e quando do seu pagamento, foi levado em consideração na composição da tarifa. Se foi lá atrás, uma vez tendo ocorrido o ressarcimento, o seu correspondente valor deverá ser levado em conta dali para frente.

Quanto à alegada ofensa à coisa julgada, é necessário avaliar os impactos da norma impugnada sobre às respectivas relações jurídicas que originaram o reconhecimento judicial do indébito tributário.

A coisa julgada tem proteção no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que estabelece que *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”*. A norma impugnada, por certo, será inválida naquilo que afete relações jurídicas estabilizadas pela coisa julgada.

A coisa julgada caracteriza-se como *“a decisão judicial de que já não caiba recurso”* (LINDB, art. 6º, §3º), estando a coisa julgada material definida no art. 502 do Código de Processo Civil como a *“autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”*.

A coisa julgada abrange os sujeitos daquela relação jurídica e o seu objeto. Não pode abranger o que não tenha sido objeto da apreciação judicial.

A norma impugnada na presente Ação Direta dispõe que os valores objeto de repetição de indébito serão destinados aos usuários de serviços públicos. Tais indébitos, no que interessa à alegação de ofensa à coisa julgada, originaram-se de provimentos jurisdicionais, que reconheceram o direito das distribuidoras de energia elétrica ao ressarcimento de tributo indevidamente pago.

ADI 7324 / DF

Nesse sentido, a norma impugnada não interferiu nos sujeitos das relações jurídicas albergadas pela coisa julgada. O direito ao ressarcimento do indébito e seus valores permanecem de titularidade das distribuidoras de energia elétrica. Da mesma forma, não houve afetação aos limites do reconhecimento do direito de crédito, seja quanto à existência, seja no que se refere aos valores.

Não houve, pela edição da norma impugnada, qualquer modificação nas relações jurídicas definidas pelas decisões que produziram coisa julgada.

As decisões judiciais que reconheceram o direito ao ressarcimento do indébito, via precatório ou mediante compensação, não apreciaram a relação jurídica existente entre as distribuidoras de energia elétrica e a ANEEL ou entre aquelas e os usuários do serviço. Não apreciaram, igualmente, a repercussão dos impactos tributários na política tarifária. Os limites do poder-dever da Agência reguladora em promover a destinação dos valores objeto da repetição do indébito não foram objeto da decisão judicial, bem como os eventuais reflexos na formação da tarifa.

A relação jurídica entre as distribuidoras de energia elétrica e a Fazenda Pública, cujo objeto é de natureza tributária e com decisão reconhecendo a existência de indébito, está preservada. Não se rediscutirá o que já foi decidido. Não há ofensa à coisa julgada. A norma impugnada terá incidência em um momento posterior ao da formação da coisa julgada e diante de uma relação jurídica diversa daquela que ensejou a prestação jurisdicional.

Diante dessa perspectiva, não há interferência quanto aos limites das correspectivas relações jurídicas submetidas à coisa julgada. A norma impugnada não altera o quanto decidido. Na realidade, a recomposição tarifária pressupõe a existência e validade das decisões judiciais. Nesse sentido, é pertinente a manifestação do Advogado-Geral da União, nos seguintes termos: *“Observe-se, ademais, que em nenhum momento a ANEEL interfere no conteúdo das decisões judiciais proferidas em favor dos contribuintes. Em verdade, o tratamento tarifário da questão é mera decorrência lógica das cláusulas econômicas do contrato de concessão, que impedem a apropriação*

ADI 7324 / DF

indébita de valores e o enriquecimento sem causa das concessionárias de energia elétrica, visto que foi o consumidor final que suportou o custo tributário a maior ao longo dos anos. A ANEEL, assim, ao disciplinar a destinação integral dos créditos de PIS/COFINS aos consumidores de energia elétrica, atua nos estritos limites do cumprimento do seu dever-poder regulatório."

A norma não interfere no conteúdo dos comandos proferidos nas ações ressarcitórias tributárias. Estabelece, isso sim, que a ANEEL, adotará providências tendentes à destinação integral dos valores correlacionados ao objeto de repetição de indébito, aplicando-se quando originado de decisões transitadas em julgado e que reconheceram o direito ao ressarcimento das distribuidoras de energia elétrica.

O art. 3º, XXII da Lei 9.427/1996, na atual redação, prevê a destinação integral dos respectivos valores objeto da repetição de indébito, ressalvados aqueles originados de tributos incidentes sobre a renda e o lucro. No caso do art. 3º-B da Lei 9.427/1996, há expressa previsão de que haverá a destinação integral dos valores correlacionados ao objeto de repetição de indébito das ações "*transitadas em julgado*" que versem sobre a exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Na origem, tais tributos incidiram e foram objeto de pagamento pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, com reflexos econômicos na composição tarifária. Portanto, tendo ocorrido o correspondente impacto financeiro para os usuários nas tarifas cobradas, pelo mesmo fundamento jurídico, haverá a repercussão quando do recebimento do correspondente indébito.

É imprescindível que exista uma correlação entre a repercussão nas tarifas, quando do encargo tributário por parte das distribuidoras de energia elétrica, e os valores decorrentes do seu respectivo indébito, reconhecido administrativa ou judicialmente. Eventual desacerto quanto a esse aspecto não se refere ao quanto decidido nas respectivas demandas ressarcitórias do indébito tributário, mas sim na condução adequada, ou não, do processo tarifário para os fins de garantia do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

ADI 7324 / DF**IV - Irretroatividade da norma:**

A norma impugnada estabelece que a Agência reguladora promoverá a destinação dos valores objeto de repetição de indébito, sendo necessário enfrentar a alegação que não pode retroagir para alcançar fatos pretéritos, sob pena de ofensa à segurança jurídica. No caso, para que a norma não permita atingir, conforme aduziu a Requerente, *“restituições tributárias consumadas e a coisas julgadas previamente à edição da lei”*.

As relações jurídicas existentes entre o Estado, os delegatários do serviço público e os usuários têm uma estabilidade que é sujeita a uma série de intercorrências e, sendo assim, devem existir mecanismos legais para a proteção da continuidade do serviço. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro faz-se necessária diante da dinâmica na relação existente nas concessões de serviço público. Nesse sentido, cito o seguinte registro feito por Flávio Amaral Garcia: *“Como se verifica, equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e mutabilidade são temas amalgamados e que estão na gênese do estudo dos contratos administrativos, inegavelmente submetidos a um maior grau de mutações durante a sua execução. O equilíbrio econômico-financeiro é, em certa medida, um consectário lógico da mutabilidade e, ao mesmo tempo, um parâmetro que a conforma. Não se pode cogitar de uma mutabilidade e, ao mesmo tempo, um parâmetro que a conforma. Não se pode cogitar de uma mutabilidade que degenere as bases econômicas e financeiras instituídas na relação originalmente estabelecida, o que repudiaria os princípios da segurança jurídica, boa-fé e do próprio senso de justiça contratualizado e formalizado pelas partes.”* (A Mutabilidade nos Contratos de Concessão – São Paulo: Malheiros, 2021, p. 213)

A previsão de revisão tarifária diante dos impactos tributários é uma proteção tanto para o prestador do serviço como para os usuários porque a sua finalidade é justamente preservar a continuidade do serviço, em especial, quando se está diante de uma relação guiada pela essencialidade, como é o caso do fornecimento de energia elétrica.

A Lei 8.987/1995 dispõe sobre o regime de concessão e permissão da

ADI 7324 / DF

prestação de serviços públicos, disciplinando, como já explorado neste voto, os impactos da tributação na composição da tarifa. Trata-se de instrumento para a neutralidade econômica dos tributos nas tarifas. O custo suportado pelo consumidor em virtude dos reflexos ocasionados pelo pagamento do tributo deverá, igualmente, ser refletido quando da repetição do indébito. Caso contrário, seria uma via de mão única e toda a lógica que legitima a preservação do equilíbrio econômico-financeiro restará comprometida. Sob essa perspectiva, Eugenia Cristina Cleto Marolla assevera que *“Conclui-se que, ocorrendo o evento que desequilibre a relação contratual em favor da Administração Pública, a recomposição da equação inicial é de rigor. Ademais, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor da Administração Pública não constitui gravame ou sanção para o concessionário, mas apenas a aplicação das normas jurídicas ao contrato por ele firmado, mantendo-se os termos econômicos iniciais.”* (Concessões de Serviço Público: a equação econômico financeira dos contratos – São Paulo: Verbatim, 2011).

Não há controvérsia quanto aos reflexos dos impactos tributários nas tarifas de energia elétrica, *“para mais ou para menos”*, havendo, inclusive, a previsão legal de revisão tarifária diante de mudanças ocorridas após a apresentação da proposta. Nesse contexto, a repercussão econômica acarretada diante de valores objeto de repetição de indébito há de provocar o exercício do dever-poder da Agência reguladora na condução da política tarifária. A Lei 14.385/2022 delineou o procedimento pelo qual será realizada a destinação integral e conferiu maior segurança na preservação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Trata-se de norma que dispõe, como visto, sobre política tarifária e que confere parâmetros para assegurar que a ANEEL exerça o seu dever-poder diante um procedimento mais elaborado e com maior segurança para os envolvidos. Essa concepção perpassa por um elemento que não pode ser desconsiderado, qual seja, o de que a ANEEL destinará, em proveito dos usuários, os valores objeto de repetição de indébito porque, quando do seu pagamento, repercutiram nas tarifas. Esse aspecto não pode ser afastado. O fato de existir a repetição do indébito ocasiona tal

ADI 7324 / DF

consequência econômica nas tarifas se, na origem, a incidência, igualmente, acarretou o correspondente reflexo. Não há ofensa a direitos adquiridos. Nesse sentido, cito trecho da manifestação do Advogado-Geral da União (Doc. 24), a saber: *“Ademais, o tratamento tarifário proposto pela Lei nº 14.385/2022 não afeta direitos adquiridos e nem ofende o princípio da irretroatividade, visto que fundado na garantia do equilíbrio econômico-financeiro, cláusula econômica ínsita aos contratos de concessão. Não obstante a lei em questão tenha contemplado a regulamentação, pela ANEEL, da forma de devolução dos referidos créditos tributários aos consumidores de energia elétrica, a transferência dos créditos aos consumidores já encontrava fundamento normativo no artigo 9º, caput e § 3º, da Lei nº 8.987/1995.”*

Na medida em que o procedimento adotado pela Lei 14.385/2022 aplica-se às restituições de indébito ocorridas após a sua vigência, não há ofensa à irretroatividade da norma. O que a norma impugnada objetiva preservar é a efetivação do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviço público de energia elétrica. Evidentemente, tratando-se a repercussão de uma decorrência da repetição de indébito tributário, não haverá uma contemporaneidade entre o pagamento (indevido) feito pelas concessionárias, e que deu causa à repercussão nas tarifas, com o ressarcimento do respectivo indébito. O ressarcimento sempre será em um momento subsequente, seja por reconhecimento administrativo ou judicial. Nesse momento é que se instaura o poder-dever da Agência em destiná-lo, no contexto do processo tarifário, em proveito dos usuários.

Não seria possível cogitar que a ANEEL providenciasse tal medida quando do pagamento indevido ou mesmo do seu reconhecimento. O poder-dever da Agência de efetivar a destinação dos valores em proveito dos usuários somente ocorrerá após a disponibilidade para as distribuidoras. Caso contrário, haveria um desequilíbrio na equação econômica da concessão em desfavor das concessionárias porque sequer teriam incorporado o ressarcimento em seus cofres e, ainda assim, teriam que arcar com a repercussão nas tarifas. Estar-se-ia a promover um desequilíbrio na equação econômico-financeira e não o contrário.

ADI 7324 / DF

No que se refere ao indébito relacionado às ações judiciais que versam sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COIFINS, o §2º do art. 3º-B da Lei 9.427/1996, alterado pela Lei 14.385/2022, estabelece que a destinação dar-se-á nos processos tarifários anuais, a partir do primeiro processo tarifário subsequente ao requerimento à Secretaria da Receita Federal do Brasil. No caso, está-se a tratar do processo tarifário ocorrido após o início de vigência da norma. Dessa feita, não se verifica a indevida retroatividade da norma. Por sua vez, no que se refere ao art. 3º, inciso XXII e ao seu §8º, a destinação dar-se-á, considerando o modelo concebido pela Lei 14.385/2022, nos processos tarifários ocorridos, igualmente, após o início de vigência da norma.

A deliberação normativa ocorre no sentido da realização do comando constitucional de prestação de serviços públicos e que deverá observar as regras de política tarifária, conforme previsão do art. 175 da Constituição. Diante da repercussão econômica que houve nas tarifas quando do indevido pagamento do tributo, os mecanismos que a norma impugnada trouxe são adequados. De um lado, evita que os concessionários do serviço público sejam prejudicados antes do efetivo ressarcimento e, de outro, preserva os usuários pelo fato dos impactos ocasionados na tarifa quando da incidência do tributo.

Diante da natureza onerosa e sinalagmática da prestação dos serviços concedidos e da lealdade que permeia a relação jurídica, não se verificam excessos quando os reflexos tributários que oneram os usuários repercutam na tarifa. Do mesmo modo, em virtude de reconhecido indébito, não haverá excesso na destinação em proveito dos usuários.

Considerando os debates ocorridos ao longo do presente julgamento, ajusto o voto para aderir aos posicionamentos em prol da atribuição de interpretação conforme à Constituição às normas impugnadas, para estabelecer a necessidade de dedução, no processo de recomposição tarifária, dos tributos incidentes sobre a restituição e de honorários específicos dispendidos pelas concessionárias, para o fim de

ADI 7324 / DF

obter a repetição do indébito; e para estabelecer a observância de prazo prescricional de 10 anos, contados da data da efetiva restituição do indébito às distribuidoras ou da homologação definitiva da compensação por elas realizada, com a ressalva do meu entendimento pessoal quanto ao ponto, por considerar que o marco temporal mais adequado seria a entrada em vigor da lei impugnada.

Portanto, os créditos recebidos pelas empresas distribuidoras de energia elétrica em decorrência da repetição de indébitos tributários poderão ser utilizados pela ANEEL para destinação integral em proveitos dos usuários de serviços, desde que observado o prazo de 10 anos, a contar do efetivo recebimento de valores, pela empresa respectiva, ou da homologação definitiva de compensação realizada com fundamento nesses créditos.

Ante o exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado na inicial da presente Ação Direta, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei 14.385/2022 para definir que a destinação dos valores de indébitos tributários restituídos (i) permite a dedução dos tributos incidentes sobre a restituição, bem como dos honorários específicos dispendidos pelas concessionárias, para o fim de obter a repetição do indébito; (ii) observe o prazo de 10 anos, contados da data da efetiva restituição do indébito às distribuidoras ou da homologação definitiva da compensação por elas realizada; e (iii) que o recebimento de boa-fé a maior pelo usuário consumidor não será objeto de repetição.

É o voto.

04/09/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL

INCIDÊNCIAS AO VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR)

- Faço duas considerações importantes, seja pelos memoriais recebidos após o destaque feito pelo eminente Ministro Luiz Fux, seja pelas sustentações orais, seja porque - e à época não coloquei no voto - eventual modulação deveria ser feita *a posteriori*.

Conversando com o eminente Ministro Luiz Fux e com o Ministro Flávio Dino, já que essa questão será levantada aqui - se Vossa Excelência me permitir -, farei essas duas observações sobre uma eventual modulação.

A primeira. Quando há excesso tributário, qualquer previsão de uma política tributária que afete a política tarifária, há, sim, uma garantia de segurança jurídica para modular a previsão de prescrição, de se estabelecer no tempo qual exatamente seria o prazo em que houve essa repetição de indébito para se calcular.

O Ministro Fux iria trazer isso em destaque. Eu não me oponho à modulação da prescrição de dez anos prevista no Código Civil. Já há precedentes em casos semelhantes.

Outra questão conversada com o Ministro Flávio Dino e trazida da tribuna é quanto ao repasse. A Lei nº 14.385 prevê o repasse integral, não estipula, não contempla os custos suportados pelas concessionárias, principalmente com ações judiciais ou outros mecanismos. Parece-me razoável que esse repasse integral fosse líquido, e não repasse bruto. Conforme tentei simplificar, se lá atrás as concessionárias socializaram o prejuízo, repassando-o; agora que obtiveram a repetição de indébito, a partir da nova Lei nº 14.385 e da determinação ANEEL, devem socializar o lucro, chamemos assim, da repetição. Esse lucro não é o bruto. A partir de um procedimento estabelecido pela ANEEL - agência reguladora -, caso a caso de cada uma das concessionárias, parece-me razoável que haja

ADI 7324 / DF

uma modulação no sentido de que eventuais custos efetiva e diretamente relacionados a essa hipótese sejam gastos.

Por que digo efetiva e diretamente? Não é possível uma concessionária dizer aqui: Ah, eu preciso abater o custo do meu jurídico que trabalhou nisso. O jurídico da empresa trabalharia em todos os casos da empresa. Isso não um custo efetivo e diretamente relacionado a esse caso. Agora, quem deve analisar isso dentro do procedimento de política tarifária, extirpar esses valores direto e efetivamente gastos nesse caso é a ANEEL. E eventuais impugnações devem ser analisadas pelo juízo comum.

Então, é esse o voto, Presidente.

04/09/2024**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL****ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Agradeço, Senhor Presidente, gostaria de dizer da satisfação de ora ser presidido por Vossa Excelência. Os eminentes Ministros, a Ministra Carmen Lúcia e os demais ministros cumprimento na pessoa do eminente Relator, Ministro Alexandre de Moraes.

Apenas uma dúvida, Ministro Alexandre. O meu voto vinha com duas perspectivas de deduções também: a questão prescricional - desculpe até antecipar, em alguma medida, a minha opinião - e a questão dos custos diretos ilícitos. Eu não sou um contador, mas esses custos envolvem, em essência - e perdoem aqui, talvez, a minha não total especificidade técnica -, custos diretos e indiretos. O Ministro Alexandre pontuou alguns custos que seriam diretos. Os custos indiretos envolvem, em boa medida, tributos também, então eu penso que esses tributos naturalmente estariam encontrados por essa compensação. E o próprio pessoal da empresa que trabalha ordinariamente na empresa constitui esses custos indiretos. Então, sem dúvida que funcionários e advogados da própria empresa estão englobados nesses custos indiretos.

A minha pergunta a Vossa Excelência, até para minha melhor compreensão, é se eventuais contratações - por exemplo, consultoria que ajudou na construção da metodologia, pareceres, advogados terceiros - estariam compreendidos nessa compensação que Vossa Excelência traz ao Tribunal?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR)

- Obrigado, Ministro André. Sem dúvida. Eu acho que nós devemos, de uma forma geral, se for a posição vencedora, estabelecer isso, mas que a Aneel estabeleça especificamente.

Mas eu diria o seguinte, se não houvesse isso, se nós tirássemos isso, o que a empresa não precisaria? A empresa não precisaria ter contratado esse parecer, não precisaria ter contratado esse novo contador. Então, se

ADI 7324 / DF

contratou para isso, deve ser abatido.

Agora, como citei anteriormente, a empresa usou o seu jurídico, mas deu dor de cabeça para o seu jurídico. Se não for dar dor de cabeça, não tem graça. Então, faz parte. Só quem não tem dor é o Supremo Tribunal Federal.

Mas é exatamente isto: o que foi necessário para causa? Se nós tirarmos a causa, a causa foi essa discussão, se nós tirarmos essa causa, some tudo isso, todas essas contratações, então essas contratações que sumiram pela causa devem ser compensadas.

04/09/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu queria saudar Vossa Excelência, dizer da honra de estarmos sendo presididos por Vossa Excelência nesta tarde, e amanhã também que Vossa Excelência estará na Presidência. Saudar Sua Excelência o Procurador-Geral da República, a nossa Decana, aqui presente, Ministra Cármen Lúcia, e as sustentações orais que trouxeram valiosos elementos para nós sopesarmos tudo quanto aqui foi debatido.

O processo se iniciou no Plenário Virtual com um enfoque, e agora aqui, pelas sustentações, nós acabamos anotando algumas questões muito importantes.

Eu estou, evidentemente, como já tinha dito ao Ministro Alexandre de Moraes, relator, que trouxe um voto profundo e minucioso, acompanhando ele na preliminar e entendendo que, na verdade, não havia necessidade de pleitear a inconstitucionalidade por arrastamento, porque uma lei trata de destino da verba objeto da vitória das concessionárias em razão da inexigibilidade de incluir-se o PIS e a COFINS na base de cálculo, e outra coisa é exatamente essa questão relativa à necessidade de restituição integral aos consumidores. Isso não estava em jogo! Estava em jogo uma questão tributária.

A questão que está em jogo agora é até uma questão que eu revisei na época do STJ, e no item 3 da minha ementa, no repetitivo 976.836, do Rio Grande do Sul, eu ali, no item 3, da ementa fuxiana, que o Ministro Herman Benjamin gosta de fazer, sempre com aquela ironia fina, um comentário que ela é muito extensa, mas ela abrevia também o julgamento. Então, naquele item 3, da minha ementa nesse repetitivo, já dizia:

"3. A relação jurídica tributária é travada entre as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados; e Municípios) e o contribuinte, a qual, no regime da concessão de serviços públicos, é protagonizada pelo Poder

ADI 7324 / DF

Concedente e pela Concessionária, cujo vínculo jurídico sofre o influxo da supremacia das regras do direito tributário.

4. A relação jurídica existente entre a Concessionária e o usuário não possui natureza tributária, porquanto o concessionário, por força da Constituição federal e da legislação aplicável à espécie, não ostenta o poder de impor exações, por isso que o preço que cobra, como *longa manu* do Estado, categoriza-se como tarifa."

E aí então, digamos assim, na essência, nós estabelecemos que, lá no STJ, essa relação não se subsume ao regime tributário e, portanto, é uma questão de política tarifária e, *a fortiori*, ela tem um regime próprio; e é legítimo à ANEEL expedir normações em relação a essa política tarifária juntamente com a questão da defesa do consumidor.

Também, Senhor Presidente, eu estou entendendo que a legitimidade da agência reguladora está intimamente ligada a essa questão que nós sempre debatemos sobre capacidade institucional. E ninguém melhor do que a agência reguladora para estabelecer quais são os critérios e os parâmetros para a política tarifária.

Não altera a coisa julgada. São decisões diferentes, uma decisão que estabelece que há repetição do indébito, e a questão em debate é saber se nós vamos cancelar a possibilidade, ou não, de a concessionária restituir, apesar de ter vencido a repetição do indébito. Então, não há tríplice identidade. Nós estamos aqui na frente de um grande processualista, o Professor Mitidiero. E, desde a obra Chiovenda, a tríplice identidade é que caracteriza, digamos assim, uma ofensa à coisa julgada.

Com relação à segurança jurídica, o Ministro Alexandre fez esse ajuste, que é importante, porque a mesma expectativa jurídica de os contribuintes obterem essa compensação pelo fato de terem pago uma tarifa que pressupunha a incidência de tributos que foram retirados dessa base de cálculo da tarifa também é uma expectativa daquelas concessionárias que litigaram em juízo para obter a extirpação desse *plus*, que eram o PIS e a COFINS incluídos na base de cálculo.

E aqui há duas questões, uma é a da prescrição. O Ministro Alexandre de Moraes já tocou no ponto, e nós sabemos que a prescrição é

ADI 7324 / DF

alegável em qualquer tempo e grau de jurisdição. Dessa sorte, não há nenhum problema de, aqui nesta sede, nós tocarmos nessa questão.

A única observação que eu faria, Ministro Alexandre, seria o seguinte: se, eventualmente, a repetição de indébito fosse proposta pelo contribuinte, qual prazo ele teria? Quinquenal. Eu entendo que - só faria essa pequena observação -, se o contribuinte propusesse a repetição de indébito, ele teria um prazo quinquenal, analogicamente, essa devolução também deveria obedecer a esse prazo quinquenal, porque, bem ou mal, ou mal ou bem, apesar de ser direito do consumidor, nós estamos no campo limítrofe também do direito, uma zona cinzenta, já que, devolvendo a concessionária ao consumidor final - não quero falar em contribuinte de fato e de direito, porque a relação não é tributária - aquilo que ela obtivera na ação de indébito, o que a concessionária poderia angariar? Só durante o período quinquenal. Se fosse o contrário, se o consumidor obtivesse essa vitória, deveria fazê-la valer no período quinquenal. Então, eu acolho essa observação que o Ministro Alexandre, generosamente, acolheu por força do debate dos Colegas, mas eu sugeriria que se obedecesse também ao período quinquenal.

Recordo-me de que o Ministro Gilmar, inclusive, tocou nessa questão quando nós tratamos da emenda, quando se cuida de relação jurídico-tributária, assim como a Fazenda tem cinco anos para cobrar, o particular tem cinco anos para repetir. Eu estou me baseando, mais ou menos, no mesmo raciocínio que nós utilizamos quando julgamos a emenda constitucional que tratava de forma anti-isonômica o contribuinte e a Fazenda Pública.

Por fim, queria acolher essa última observação do Ministro Alexandre de Moraes, porque a mesma expectativa legítima que os contribuintes detinham no sentido de pagar menos, ter uma tarifa módica em razão dessa vitória, que excluiu da base de cálculo o PIS e a COFINS e, automaticamente, diminuiu o valor da tarifa, ao mesmo tempo, as concessionárias tinham a expectativa legítima - à luz do próprio direito de propriedade, que é a baliza constitucional que se alega aqui - de se valerem dessa vitória, mas para obter essa vitória, como destacou o

ADI 7324 / DF

Ministro Alexandre de Moraes, elas tiverem custos diretos e indiretos. Assim, eu também acolho essa observação e apenas sugeriria que, nessa expressão de restituição integral, fosse dada essa interpretação conforme, permitindo a dedução dessas despesas diretas e indiretas que o Ministro Alexandre propôs ao final do voto. Eu não entenderia como talvez uma modulação, mas só uma interpretação conforme dessa restituição integral, considerando-se como um corte dessas despesas diretas e indiretas.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR)

- Permitam-me, Presidente e Ministro Fux.

Eu entendo, Ministro Fux, que é melhor colocar como uma modulação a questão dos custos pelo seguinte: essa lei continua em vigor para situações futuras também. Então, na verdade, a lei é constitucional. Nesta hipótese é que nós estamos modulando porque houve custos. Acho que fica melhor do que uma interpretação conforme, mas podemos discutir isso.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (VICE-PRESIDENTE) -

E quanto ao prazo prescricional?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR)

- Eu continuo defendendo - podemos conversar - os dez anos, por causa da Fazenda Pública.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (VICE-PRESIDENTE)

-Portanto, o Ministro Luiz Fux, à exceção desse ponto, no mais...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, mas, eventualmente, *per curiam*, nós chegaremos a uma boa conclusão. Por enquanto, cinco anos, e depois vamos verificar o que o Colegiado decidir melhor.

04/09/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Senhor Presidente, eu vou me ater, com mais vagar, à divergência, mas devo, por imperativo constitucional, rapidamente fundamentar as convergências tanto com o eminente Relator quanto com o Ministro Fux.

Em primeiro lugar, claro, ultrapasso a barreira do não conhecimento.

Em segundo lugar, não há que se falar de coisa julgada, uma vez que é outra relação jurídica. Nós não estamos arbitrando aqui a relação jurídica entre concessionárias e Fisco, mas sim, sob o ponto de vista regulatório, a questão tarifária, agência, concessionária, consumidor. Então, é outra relação jurídica, obviamente não alcançada pela coisa julgada.

Em terceiro lugar, não há dúvida quanto ao afastamento da reserva de lei complementar e, se houvesse tal reserva, que não há, o Código Tributário Nacional trata da matéria no art. 166. Ele não é muito querido, mas está em vigor e é objeto de uma ampla jurisprudência do STJ, inclusive precedentes relatados pelo eminente Ministro que aqui está conosco, o Ministro Fux, e pelo saudoso Ministro Teori Zavascki. Então, se houvesse, o art. 166 resolveria do ponto de vista da reserva de lei complementar - apenas um *obiter dictum*.

De fato, não há tal reserva, porque a essência do caso é equilíbrio econômico-financeiro da concessão, art. 175. Não há nenhuma dúvida quanto a isso, é um valor fundamental nas concessões. É claro que ninguém é obrigado a ser concessionário de um serviço público. Quando é, obviamente, assume os bônus e os ônus daí derivados. Logo, não há dúvida de que o equilíbrio econômico-financeiro da concessão tem essa dupla face.

Finalmente, ainda à guisa de consideração e de reforço ao quanto dito pelo Relator, eu lembro a ADI 4.874, Relatora a Ministra Rosa Weber, em que se acentua a importância da deferência administrativa às agências reguladoras. Então, com base nisso também, compreendendo o papel das

ADI 7324 / DF

agências, eu lembro esse precedente deste Plenário para dizer que, sob o ponto de vista dúplice da deferência legislativa, também da deferência administrativa, creio não haver nenhuma razão para declarar a inconstitucionalidade da lei em exame.

Quanto a outras questões, se as ações de repetição de indébito irão se retrain, se os consumidores irão pagar um preço quanto a isso, na verdade, é outro sistema, quem cuida dos consumidores certamente não são as concessionárias. Então, nós temos os Procons, o Ministério Público, a Defensoria Pública, as associações, que saberão, claro, nas vias próprias, cuidar dos consumidores.

Finalmente, eminente Ministro Fachin, a quem saúdo pela Presidência hoje, sóbria, segura, erudita como sempre, eu aludo às duas modulações a que o eminente Relator fez referência.

Ele já antecipou a minha opinião quanto ao abatimento de custos. Acho que, de fato, é razoável esses custos adicionais serem abatidos dessa destinação integral, dessa devolução integral. Tais custos, obviamente, demandariam revolvimento de fatos e provas, não é o caso. Por isso mesmo, creio que o melhor caminho é remeter, Senhor Presidente, à ANEEL, à agência reguladora. Ou seja, haverá o abatimento dos custos conforme regulação da ANEEL. Essa é a minha sugestão de dispositivo, chamemos assim.

E concluo com a questão da prescrição. Eu aprendo sempre aqui e acabei de, mais uma vez, ouvir o Ministro Fux numa lição de humildade, de deferência ao Colegiado, eu também o faço. Eu creio que, se houver *per curiam* entendimento de prescrição, eu adiro à ideia de prescrição decenal, regra geral do Código Civil, porque não se trata de relação tributária. Nós acabamos de dizer isso quando examinamos o mérito da controvérsia e acho que incide aí o art. 205 do Código Civil, regra geral 10 anos de prescrição.

Sou obrigado, contudo, por lealdade à minha convicção, dizer que não vejo tal prescrição, realmente não considero que haja prescrição a partir da regra geral do art. 189 do Código Civil. Quando nasce o direito à pretensão? Nasce com a violação do direito. Ora, a violação do direito

ADI 7324 / DF

ocorreu quando da cobrança das tarifas pretéritas 10 ou 20 anos atrás? Não, a violação do direito nasce no momento em que há, de fato, esta devolução às concessionárias e há compensação tributária, por exemplo, e isto não é repassado para as tarifas. Ou seja, a violação do direito nasce para os consumidores quando o equilíbrio econômico-financeiro não é respeitado. Portanto, não consigo enxergar, *data venia*, prescrição a partir da regra geral do Código Civil, art. 189 do Código Civil.

E acho, Senhor Presidente e eminente Relator, que a lei foi na direção correta, ela fez uma simetria, não é tudo aquilo quanto pago a maior. Na verdade, só haverá a destinação aos usuários dos valores objeto de repetição de indébitos. Então, aquilo que foi objeto de repetição de indébito ou pela via do precatório, ou pela via da compensação será destinado ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato *ex nunc*.

Então, eu realmente, enxergando o sistema tanto legal quanto regulatório, *data venia*, repito, não consigo enxergar tal prescrição, uma vez que a apelação do direito se dá exatamente após o julgamento no Supremo e após a realização ou das compensações ou dos pagamentos desse valor. Mas, pela possibilidade dessa tese de não incidência da prescrição ser vencida, eu considero que, neste caso, a tese mais adequada, exatamente pelo não reconhecimento de uma relação jurídico-tributária, é que nós caímos na regra geral do Código Civil.

Portanto, meu voto seria, objetivamente na parte em que eu divirjo, na parte em que há convergência com o eminente Relator, já repeti os argumentos. No caso dos custos, custos sendo abatidos à luz da regulação da ANEEL, deferência administrativa à agência, e o meu voto é pelo não reconhecimento de prescrição, porque eu considero que incide a regra do art. 189. Se vencido nesse ponto, a meu ver, o prazo a incidir seria o da prescrição decenal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite uma pequena consideração? A decisão do PIS/COFINS foi em 2017, é isso? E depois temos os embargos de declaração?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E a modulação então é que veio em 2021.

ADI 7324 / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, em princípio, não teria... Quer dizer, se se fixa como fato relevante...

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - É o momento da violação do direito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - A violação do direito. Porque são várias relações jurídicas, nós temos relação jurídica fisco-concessionária, que foi debatida sob a relatoria competente da Ministra Cármen. Nós estamos discutindo outra relação jurídica; outra, diversa. Nós dissemos que a matéria não é tributária. Nós estamos discutindo aqui equilíbrio econômico-financeiro, política tarifária e direitos dos usuários. Onde está a prescrição? Qual seria o marco inicial da prescrição? Ou o julgamento, 2021, ou, a meu ver o mais correto, o momento presente em que se dá ou a compensação, ou a devolução para as concessionárias. E aí haveria lesão ao direito, na medida em que eventualmente não houvesse a retomada do equilíbrio econômico-financeiro.

É assim que eu voto, Presidente.

04/09/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S)	: ABRADÉE - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA
ADV.(A/S)	: MARCELO MONTALVAO MACHADO
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL
ADV.(A/S)	: BRENO RIGHI
ADV.(A/S)	: MATEUS FERNANDES VILELA LIMA
ADV.(A/S)	: FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE COMUNICAÇÃO E EDUCAÇÃO EM DEFESA DOS CONSUMIDORES E INVESTIDORES - (ICDESCA)
ADV.(A/S)	: ERLINAE DA SILVA TEIXEIRA
AM. CURIAE.	: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL
ADV.(A/S)	: FÁBIA MARA FELIPE BELEZI
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE GÁS CANALIZADO - ABEGÁS
ADV.(A/S)	: ERICK DE PAULA CARMO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GRANDES CONSUMIDORES INDUSTRIAIS DE ENERGIA E DE CONSUMIDORES LIVRES ; ABRACE
ADV.(A/S)	: SEBASTIAO BOTTO DE BARROS TOJAL

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pela Associação Brasileira das Distribuidoras de Energia Elétrica – ABRADÉE, em face da Lei nº 14.385/2022, que “*altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, para disciplinar a devolução de valores de tributos recolhidos a maior pelas prestadoras*

ADI 7324 / DF

do serviço público de distribuição de energia elétrica”, ressalvados os incidentes sobre a renda e o lucro.

Consoante assentado pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, Relator, *“a Requerente argumenta que, ao incluir hipóteses no rol de competências da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, bem como determinar que as distribuidoras de energia elétrica repassem aos respectivos usuários, pela via tarifária, os valores de indêbitos tributários da Contribuição do Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) restituídos como consequência da exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) de suas bases de cálculos, na forma do Tema 69 da Repercussão Geral desta SUPREMA CORTE, os dispositivos questionados incorreriam em inconstitucionalidades formal e material”*. (destaquei)

Sustenta a ABRADÉE que a legislação impugnada viola a reserva de lei complementar para dispor sobre *“normas gerais em matéria de legislação tributária”* (art. 146, III, da CF), assim como afronta à coisa julgada, o ato jurídico perfeito, o direito de propriedade, a irretroatividade da lei, a segurança jurídica e a equidade.

Transcrevo os preceitos legais trazidos a controle:

Lei federal nº 14.385/2022

“Art. 1º. A Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º [...]

XXII - promover, de ofício, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica em razão de recolhimento a maior, por ocasião de alterações normativas ou de decisões administrativas ou judiciais que impliquem redução de quaisquer tributos, ressalvados os incidentes sobre a renda e o lucro.

[...]

§ 8º Para a destinação de que trata o inciso XXII do *caput* deste artigo, a Aneel deverá estabelecer critérios equitativos,

ADI 7324 / DF

considerar os procedimentos tarifários e as disposições contratuais aplicáveis e observar:

I - as normas e os procedimentos tributários aplicáveis à espécie;

II - as peculiaridades operacionais e processuais relativas a eventuais decisões judiciais ou proferidas por autoridade tributária competente;

III - a destinação integral dos valores do indébito, após apresentação ao órgão fazendário competente de requerimento do crédito a que faz jus, nos termos da legislação de cada ente tributário;

IV - os valores repassados pelas distribuidoras de energia elétrica diretamente aos consumidores em virtude de decisões administrativas ou judiciais; e

V - o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.”

“Art. 3º-B. A Aneel deverá promover, nos processos tarifários, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica relacionados às ações judiciais transitadas em julgado que versam sobre a exclusão do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) da base de cálculo da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Contribuição para o PIS/Pasep) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

§ 1º Para a destinação de que trata o *caput* deste artigo, deverão ser considerados nos processos tarifários:

I - o valor total do crédito utilizado em compensação perante a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, acrescido de juros conforme o § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995;

II - a integralidade dos valores dos créditos requeridos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil **a serem**

ADI 7324 / DF

compensados até o processo tarifário subsequente, conforme projeção a ser realizada pela Aneel;

III - os tributos incidentes sobre os valores repetidos de que trata o *caput* deste artigo;

IV - os valores repassados pelas distribuidoras de energia elétrica diretamente aos consumidores em virtude de decisões administrativas ou judiciais; e

V - a capacidade máxima de compensação dos créditos da distribuidora de energia elétrica.

§ 2º A destinação de que trata o *caput* deste artigo dar-se-á nos processos tarifários anuais, a partir do primeiro processo tarifário subsequente ao requerimento à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

§ 3º Ressalvada a forma de destinação de que trata o inciso II do § 1º deste artigo, a Aneel poderá determinar a antecipação da destinação do crédito ao requerimento à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, desde que:

I - haja anuência da distribuidora de energia elétrica quanto ao valor a ser antecipado;

II - seja a distribuidora de energia elétrica restituída da remuneração referente ao valor antecipado.

§ 4º A remuneração da antecipação de que trata o § 3º deste artigo será definida pela Aneel.

§ 5º O disposto no § 3º deste artigo é aplicado ao crédito ainda não requerido à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, desde que haja anuência da distribuidora de energia elétrica.

§ 6º A Aneel **promoverá revisão tarifária extraordinária** com vistas a efetuar exclusivamente a destinação de que trata o *caput* referente às decisões judiciais anteriores à entrada em vigor deste artigo.

§ 7º O disposto no § 6º deste artigo aplica-se às distribuidoras de energia elétrica cujos últimos processos tarifários tenham sido homologados a partir de janeiro de 2022.”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

ADI 7324 / DF

(destaquei)

O Advogado-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da ação direta e, quanto ao mérito, pela improcedência do pedido. Eis o teor da ementa:

“Administrativo. Artigo 1º da Lei nº 14.385/2022, que “altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, para disciplinar a devolução de valores de tributos recolhidos a maior pelas prestadoras do serviço público de distribuição de energia elétrica”. Suposta afronta à reserva de lei complementar (artigo 146, inciso III, da Constituição), à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito, ao direito de propriedade, à irretroatividade da lei e aos princípios da segurança jurídica e da equidade. Preliminar. Ausência de impugnação a todo o complexo normativo. Mérito. O diploma questionado não padece de vício formal de constitucionalidade, haja vista que foi editado no regular exercício da competência da União para fixar política tarifária (artigo 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição). Ausência de violação aos preceitos constitucionais invocados, na medida em que os consumidores finais sempre foram os contribuintes de fato das contribuições ao PIS e à COFINS, as quais eram repassadas integralmente às tarifas de energia elétrica pelas concessionárias do serviço público. Legitimidade da atuação da ANEEL em prol da garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e suas repercussões tarifárias, o que inclui impedir a apropriação indébita de valores de titularidade dos consumidores e o enriquecimento sem causa das concessionárias. Manifestação pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido.”

O Procurador-Geral da República opinou pelo não conhecimento da presente ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido, em parecer assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
ADMINISTRATIVO. POLÍTICA TARIFÁRIA. LEI 14.385/2022.

ADI 7324 / DF

ALTERAÇÕES NA LEI 9.427/1996 PARA DISCIPLINAR A DEVOLUÇÃO DE VALORES DE TRIBUTOS RECOLHIDOS A MAIOR PELAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA ELÉTRICA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO DO PIS/PASEP E DA COFINS. RE-RG 574.706/PR. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REVERTIDOS EM FAVOR DOS USUÁRIOS/CONSUMIDORES DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. PRELIMINAR AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODO O COMPLEXO NORMATIVO. ART. 9º, § 3º, DA LEI 8.987/1995, QUE JÁ PREVIA A POSSIBILIDADE DA REVISÃO TARIFÁRIA PELA ANEEL. MÉRITO. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. LEI QUE NÃO DISCIPLINA NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. TEMA DE DIREITO ADMINISTRATIVO. ALEGAÇÃO DE OFENSA A COISA JULGADA, AO ATO JURÍDICO PERFEITO E AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA EQUIDADE. INOCORRÊNCIA. CONSUMIDORES QUE SEMPRE FORAM OS VERDADEIROS CONTRIBUINTE DE FATO, ARCANDO COM A INTEGRALIDADE DOS CUSTOS.

1. Não há de ser conhecida ação direta que não impugne a integralidade do complexo normativo pertinente a seu objeto. Precedente. 2. A Lei 14.385/2022, ao determinar o repasse aos usuários de energia elétrica dos valores de tributos recolhidos a maior, não ofendeu o art. 146, III, da Constituição Federal, pois não disciplinou normas gerais de Direito Tributário e sim política tarifária, tema disciplinado pelo Direito Regulatório, área do Direito Administrativo. 3. Na regulação do setor elétrico, o contribuinte de fato é o usuário do serviço público, pois é ele que suporta, integralmente, os custos da contribuição do PIS/Pasep e da COFINS repassados pelas distribuidoras à tarifa de energia elétrica. 4. Os titulares dos créditos tributários decorrentes da exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição do PIS/Pasep e da COFINS são os consumidores, e não as distribuidoras de energia elétrica. 5. A atribuição, às distribuidoras de energia elétrica, da titularidade dos valores

ADI 7324 / DF

recolhidos a maior dos usuários implica enriquecimento sem causa das concessionárias e permissionárias, visto que estas não suportaram o prejuízo patrimonial da tributação a maior. — Parecer pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido.”

Reporto-me, no mais, ao relatório lavrado pelo eminente Relator, Ministro Alexandre de Moraes.

Examino.

Acompanho, à integra, o voto do Relator.

Rejeito a preliminar de não conhecimento, veiculada sob a assertiva de que a requerente deveria ter impugnado o art. 9º, § 3º, da Lei nº 8.987/1995 (*“§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.”*), observado que tal preceito, enquanto comando normativo genérico sobre revisão tarifária, encartado na lei de regência da concessão e da permissão da prestação de serviços públicos, ostenta autonomia suficiente em relação ao complexo normativo apontado na exordial.

Não detecto, por seu turno, inconstitucionalidade formal na espécie, porquanto entendo que a legislação atacada versa sobre direito administrativo e consumerista, disciplinando o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão no âmbito do setor elétrico, bem como assegurando a destinação de valores em proveito dos usuários do serviço público em específico.

Diz a legislação atacada com política tarifária, não com definição de tributo ou de aspectos imanentes à sua natureza, razão pela qual os dispositivos introduzidos pela Lei nº 14.385/2022 refogem ao âmbito de norma geral em matéria de legislação tributária, para a qual o art. 146, III, da Lei Maior impõe a reserva de lei complementar.

Registro que, nos moldes do inciso XXII do art. 3º e do *caput* do art. 3º-B da legislação alteradora, atribui-se à ANEEL o dever de destinar **i) em proveito dos usuários** valores decorrentes de repetição de indébito

ADI 7324 / DF

pelas distribuidoras de energia elétrica em razão de recolhimento a maior - de modo amplo portanto -, bem como de destinar - de forma específica - **ii) em proveito dos usuários** os valores objeto de repetição de indébito relacionados às ações judiciais transitadas em julgado que versam sobre a **exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins**.

Quanto ao item “ii” acima elencado, verifico que a questão encontra pertinência com a decisão proferida no RE 574.706 (Tema nº 69 de Repercussão Geral), sob a relatoria da Ministra Cármen Lúcia, na qual esta Corte assentou que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins. Eis a ementa do julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, *in fine*, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da

ADI 7324 / DF

COFINS.” (Tribunal Pleno, julgado em 15-03-2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Na espécie, a relação estabelecida na esfera da prestação do serviço público de energia elétrica não se limita às concessionárias/distribuidoras, ao poder público concedente ou ao órgão regulador/ANEEL, cumprindo ter presente a figura do usuário/destinatário final do serviço concedido, cuja política tarifária implementada pela Lei nº 9.427/1996, particularmente ao advento da legislação alteradora, igualmente alcança.

Sob tal prisma, julgo editada a Lei nº 14.385/2022 em conformidade com o art. 175, II e III, da Carta Política, o qual remete à legislação ordinária o disciplinamento dos “direitos dos usuários” e da “política tarifária”, *verbis*:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

...

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;”

A Lei nº 8.987/1995, dispondo sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, contempla capítulo dedicado à política tarifária (arts. 9º a 13), em que preconizada a adoção de mecanismos de revisão das tarifas, com o escopo de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

É no contexto do alinhamento normativo à legislação ordinária, editada em cumprimento ao art. 175 da Constituição da República, que a Lei nº 9.427/1996, instituidora da ANEEL e disciplinadora do regime de concessões de serviços públicos de energia elétrica, passa a contemplar, no âmbito dos mecanismos de política tarifária, pautada no equilíbrio econômico-financeiro, o comando de destinação dos valores objeto de repetição de indébito em proveito dos usuários, reconhecidamente

ADI 7324 / DF

contribuintes de fato.

A legislação impugnada nesta ação direta adveio, dentre outros, com o objetivo de operacionalizar a devolução ou a compensação dos usuários do serviço público de energia elétrica pelos valores indevidamente cobrados pelas distribuidoras, ante o repasse integral aos consumidores do montante relativo à exclusão do ICMS da PIS/Cofins.

Nessa linha, as informações prestadas pelo:

Senado Federal

“A lei alterou ainda as atribuições da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) previstas na Lei nº 9.427/1996, para agilizar a devolução dos valores cobrados a mais pelas distribuidoras a título de PIS/Cofins, já que **foram os consumidores finais os responsáveis pelo pagamento a maior do tributo.**

...

A Lei nº 14.385/2022 busca compensar os consumidores pelos valores cobrados indevidamente pelas distribuidoras e **evitar o enriquecimento ilícito por parte destas.”** (destaquei)

Advogado-Geral da União:

“Acompanham a manifestação do Presidente da República, as Informações nº 00056/2023/PFANEEL/PGF/AGU, na qual a Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL esclareceu, inicialmente, que **o ônus econômico das contribuições ao PIS e à COFINS sempre fora repassado integralmente às tarifas de energia elétrica,** independentemente da sistemática cumulativa ou não cumulativa. Nesse contexto, o consumidor de energia elétrica sempre assumiu integralmente a repercussão econômica das referidas contribuições, garantindo-se às concessionárias de distribuição neutralidade absoluta em relação a essa exação.” (destaquei)

Procurador-Geral da República:

“Embora com a decisão do STF tenham as distribuidoras

ADI 7324 / DF

de energia elétrica se tornado credoras bilionárias da União, não ficou decidido, no julgamento do tema de repercussão geral, que a titularidade dos créditos de PIS e COFINS, pagos a maior pelos usuários do serviço público, seriam daquelas, como pretende fazer crer a requerente.

...

Na regulação do setor elétrico, o **contribuinte de fato é o usuário (consumidor) do serviço público, pois é ele que suporta os custos do PIS/Pasep e COFINS repassados pelas distribuidoras à tarifa de energia elétrica.**

Tal cenário, assim como o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal foram determinantes para a deflagração do processo legislativo que deu origem à Lei 14.385/2022. **A proposição legislativa teve a clara intenção de evitar a indevida apropriação dos créditos tributários pelas distribuidoras de energia elétrica, em prejuízo do consumidor que arcou com a contribuição do PIS/Pasep e da COFINS em valor maior do que deveria ter sido cobrado.”** (destaquei)

Respeitadas as premissas de que a legislação atacada dispõe sobre política tarifária, voltada a restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, no âmbito de contratos de concessão do serviço público de energia elétrica, por meio da destinação aos usuários de créditos ou valores que não pertencem às distribuidoras, julgo inarredável concluir pela ausência de afronta aos princípios constitucionais invocados na exordial.

Pontuo que, a partir da regra geral do art. 189 do Código Civil (*“Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”*), julgo incorrente prescrição na espécie.

Entendo que a pretensão nasce com a violação do direito, marco esse que não se configura por ocasião da cobrança das tarifas pretéritas - 10 ou 20 anos atrás -, mas no momento em que, de fato, o valor é devolvido às concessionárias e há compensação tributária, sem que, por exemplo, o montante correspondente seja repassado para as tarifas.

É dizer, a violação do direito nasce para os consumidores quando o

ADI 7324 / DF

equilíbrio econômico-financeiro não é respeitado. Portanto, não consigo enxergar, *data venia*, prescrição a partir da regra geral do Código Civil, art. 189.

E avalio que a legislação ora examinada foi na direção correta ao contemplar uma simetria, ao estabelecer que não é todo o *quantum* pago a maior, que somente haverá a destinação aos usuários dos valores objeto de repetição de indébitos. Valores objeto de repetição de indébito, precatório ou compensação serão destinados ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato *ex nunc*.

Então, sob os prismas dos sistemas legal e regulatório, *data venia*, repito, não vislumbro a incidência da prescrição.

Contudo, em deferência ao Colegiado, adiro ao entendimento pela prescrição decenal - regra geral do Código Civil -, porque não se trata a hipótese de relação jurídica de natureza tributária, de modo que incide o art. 205 do Código Civil ("*A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.*").

Ante o exposto, acompanho o voto do eminente Relator e julgo improcedente o pedido, aplicando-se à espécie a prescrição decenal, com ressalva de ponto de vista diverso (pois considero não haver prescrição em desfavor dos consumidores).

É como voto.

04/09/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S)	: ABRADÉE - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA
ADV.(A/S)	: MARCELO MONTALVAO MACHADO
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL
ADV.(A/S)	: BRENO RIGHI
ADV.(A/S)	: MATEUS FERNANDES VILELA LIMA
ADV.(A/S)	: FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE COMUNICAÇÃO E EDUCAÇÃO EM DEFESA DOS CONSUMIDORES E INVESTIDORES - (ICDESCA)
ADV.(A/S)	: ERLINAE DA SILVA TEIXEIRA
AM. CURIAE.	: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL
ADV.(A/S)	: FÁBIA MARA FELIPE BELEZI
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE GÁS CANALIZADO - ABEGÁS
ADV.(A/S)	: ERICK DE PAULA CARMO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GRANDES CONSUMIDORES INDUSTRIAIS DE ENERGIA E DE CONSUMIDORES LIVRES ; ABRACE
ADV.(A/S)	: SEBASTIAO BOTTO DE BARROS TOJAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN (VOGAL) - Senhor Presidente, quero cumprimentar Vossa Excelência, a Ministra Cármen Lúcia, os eminentes Pares, o Procurador-Geral da República, as Advogadas, os Advogados, os Serventuários.

Eu estou aqui acompanhando integralmente o eminente Ministro

ADI 7324 / DF

Alexandre de Moraes, mas fazendo também a sugestão do Ministro Fux na linha de uma interpretação conforme e não de uma improcedência total.

Então eu teria essa posição para sugerir ao eminente Relator, reforçando a linha do Ministro Fux, mas também estou pronto para aderir, caso haja o consenso pela improcedência com as observações do Ministro Alexandre de Moraes. Mas, em princípio, acho que seria caso de interpretação conforme, na linha do Ministro Fux.

04/09/2024**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL****VOTO-VOGAL**

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Senhor Presidente, renovando os cumprimentos e também aderindo aos cumprimentos ao eminente Procurador-Geral da República, Professor Paulo Gonet, aos senhores Advogados e Advogadas aqui presentes, em especial àqueles que assomaram à tribuna, a quem cumprimento pelas, de fato, muito boas, excelentes sustentações orais e que, como já bem pontuado pelo Ministro Fux, nos fizeram refletir sobre vários aspectos, um deles a questão dos custos, que foi tratada. Enquanto os senhores aqui falavam, nós trocávamos diálogos sobre essa questão, para demonstrar a importância da atuação de Vossas Senhorias.

Eu, aderindo à essência também do brilhante voto do Ministro Alexandre de Moraes, apenas consigno dois aspectos, como ressalvas na linha do Ministro Fux. O Ministro Zanin, salvo engano, fez uma aderência à interpretação conforme à qual eu faço também, mas, salvo o melhor juízo, não fez aderência em relação ao prazo prescricional.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Eu acompanho também essa parte da prescrição na linha do que foi sustentado pelo Ministro Alexandre de Moraes.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Mas contou prazo, 5 ou 10 anos?

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Dez anos, foi a linha do Ministro Alexandre de Moraes, eminente Relator. Então, nesse ponto, estou também em convergência com Sua Excelência.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Agradeço, Ministro Zanin. Nesse ponto, eu peço vênica e acompanho o Ministro Luiz Fux. Eu acho que é o prazo de 5 anos por uma equiparação a uma origem de indébito tributário, porque todo o percalço que as empresas fizeram foi a partir da prescrição quinquenal. Há um aspecto que foi trazido pelos juristas que fizeram suas sustentações orais, que diz respeito à questão de um desincentivo a uma busca de justiça tributária. Em maior ou menor

ADI 7324 / DF

extensão, não sei dizer, mas em minha opinião há um prejuízo a essa busca de uma melhor justiça tributária.

É verdade que, se nós formos talvez resgatar o julgamento atual do Tema 69, nós trataríamos um pouco melhor essa questão - para quem iria a repetição do indébito. Mas o fato é que a questão está definida, está transitada em julgado. E as empresas, ao assim o fazerem, o fizeram respeitando o prazo quinquenal. Ou seja, o direito originário do contribuinte parte dessa perspectiva do prazo quinquenal. E essa minha consideração leva em conta não só esse aspecto, mas talvez não perdermos totalmente esse incentivo de busca de justiça tributária.

Essa decisão, em uma parte, evita aventuras, porque ela dá a destinação final a quem de direito contribuinte. Mas, de outra parte, penso eu, os contribuintes pulverizados não têm, em regra geral, uma organicidade de questionamento de eventuais distorções do sistema tributário como o têm as empresas. Então, seja por uma questão de equidade, seja por uma questão, em minha visão, de não desestímulo também a essas questões, eu fico por definir o prazo de 5 anos.

É como voto, Senhor Presidente.

04/09/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Só uma consideração.

Eu acho que, em algum outro momento, tem esse debate sobre os valores. Não sei se está no Tema 69, mas, de fato aqui há uma série de problemas que tem a ver até com as discussões que estamos tratando em sede de orçamento, especialmente orçamento vinculativo, que é essa ideia da repetição do indébito quando os preços foram, inevitavelmente, as mais das vezes, transpassados para os compradores de serviços, ou consumidores.

O caso recente, que acho que foi referido aqui pelo Ministro Dias Toffoli, de uma grande empresa de tabaco, que fez uma compensação. Todos sabem que, no mundo todo, se tem uma política de elevação dos tributos em matéria de tabaco. E ela, então, fez jus a uma compensação significativa. Todavia, esse é um ponto interessante nesta questão. Alguns até dizem que não, que nós temos uma súmula sobre isso. Ou que estaria revogada por conta de o tema hoje ser de caráter infraconstitucional, ou não. Tenho sérias dúvidas sobre isso, porque estamos exatamente no campo da justiça, ou da justiça tributária. Se, de fato, se pretende a repetição, ela tem que fazer da forma devida, se for o caso. Mas se ela transpassou para o consumidor, ou seja, para o comprador de serviços, aqui há um *bis in idem* muito flagrante, em que se dá uma soma de felicidades, porque de fato se transferiu - claro, os custos tributários foram para o consumidor - e, depois, o contribuinte de direito se habilita num mega crédito junto à Fazenda.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR)

- Ministro Gilmar?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por favor.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR)

- Vossa Excelência estava temporariamente ausente. Foi exatamente o que eu tentei resumir, dizendo que as concessionárias socializaram o prejuízo

ADI 7324 / DF

e, agora, devem socializar o lucro também, senão ficarão só com o lucro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Pois é, a lei, aqui, acho que tem um aspecto de fato de justiça, que vai para além da ideia da Justiça Tributária, de justiça em sentido amplo, de devolver aquilo que, de fato, foi tomado do consumidor.

Então, a mim me parece que essa é a questão básica, porque já tem o problema, já temos o problema de declarar a inconstitucionalidade com as consequências da repetição do indébito nesta questão.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Há uma solução de Direito positivo antiga, que é o 166 do CTN. Só que o preceito é malquerido. Por quê? Porque o Rubens Gomes de Sousa e o Aliomar Baleeiro não colocaram na proposta de Código. Foi uma emenda parlamentar. Então, desde os anos 60, o art. 166, que visa exatamente a esta justiça tributária entre contribuinte de direito e contribuinte de fato, vai ficando meio de lado. Por isso que eu disse que é mais fácil - embora os precedentes do Ministro Fux, no STJ, sejam muito claros -, que o caminho mais simples de solução da controvérsia é dizer o que é pertinente: política tarifária. Mas essa preocupação de Vossa Excelência estava na elaboração do Código de 65. Então, é realmente uma preocupação essencial. Apenas faço essa lembrança.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Por isso nós julgamos a lei constitucional.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Todos os votos, até o momento, Ministro Gilmar, estão nesse sentido. Por isso a minha preocupação de fazer uma análise hoje de retrospectiva do Tema 69. Porém, não podemos fazê-la em função de um trânsito em julgado. Resgatando meu voto na última questão que envolve o ISS, o fundamento do meu voto se centra única e exclusivamente na segurança jurídica. Foi para não criar uma distorção entre dois sistemas que entendo idênticos. Se fosse para avaliar todo o quadro, provavelmente minha conclusão seria outra.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O fato de ter trânsito em julgado não impede que, vindo o tema à

ADI 7324 / DF

rediscussão, venhamos a reabri-lo. Porque essa questão relativa à técnica de arrecadação – era uma técnica de arrecadação – transformou-se em um direito do contribuinte de direito, e não do contribuinte de fato.

Por isso, Senhor Presidente, embora os recorrentes sejam os contribuintes e diante de posições distintas, tendo em vista a composição, saudando Vossa Excelência, minha tendência é a de pedir vista.

04/09/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Presidente, gostaria de rapidamente saudar todos os Colegas, o Procurador-Geral da República, os Advogados e os servidores, na pessoa de Vossa Excelência, e dizer da grata satisfação de ser presidido por Vossa Excelência.

Meu voto é no mesmo sentido do Relator, só que com o ajuste feito da técnica da interpretação conforme pelo ministro Luiz Fux. Penso que temos ainda de discutir, ao final, o *dies a quo* para a contagem da prescrição, após fixarmos qual será essa prescrição.

Então, eu paro, por enquanto, com os 10 anos, aguardando esse arremate ao final.

04/09/2024

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S)	: ABRADÉE - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA
ADV.(A/S)	: MARCELO MONTALVAO MACHADO
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL
ADV.(A/S)	: BRENO RIGHI
ADV.(A/S)	: MATEUS FERNANDES VILELA LIMA
ADV.(A/S)	: FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE COMUNICAÇÃO E EDUCAÇÃO EM DEFESA DOS CONSUMIDORES E INVESTIDORES - (ICDESCA)
ADV.(A/S)	: ERLINAE DA SILVA TEIXEIRA
AM. CURIAE.	: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL
ADV.(A/S)	: FÁBIA MARA FELIPE BELEZI
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE GÁS CANALIZADO - ABEGÁS
ADV.(A/S)	: ERICK DE PAULA CARMO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GRANDES CONSUMIDORES INDUSTRIAIS DE ENERGIA E DE CONSUMIDORES LIVRES ¿ ABRACE
ADV.(A/S)	: SEBASTIAO BOTTO DE BARROS TOJAL

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação Brasileira das Distribuidoras de Energia Elétrica (ABRADEE), tendo por objeto a Lei n. 14.385, de 27.6.2022, que altera a Lei n. 9.426, de 26.12.1996, para “disciplinar a devolução de valores de

ADI 7324 / DF

tributos recolhidos a maior pelas prestadoras do serviço público de distribuição de energia elétrica”.

A requerente sustenta a inconstitucionalidade material e formal das normas impugnadas por violação do disposto nos arts. 5º, XXII e XXXVI, e 146, III, da Constituição Federal.

O Senado Federal e a Presidência da República pugnam pela improcedência do pedido (peças 17 e 19/20).

A Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República postulam o não conhecimento da ação direta e, no mérito, a improcedência do pedido (peças 24 e 43).

Foram admitidos *amici curiae*.

É o relato do essencial. **Passo ao voto.**

Transcrevo os dispositivos impugnados:

Art. 1º. A Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º

[...] XXII - promover, de ofício, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica em razão de recolhimento a maior, por ocasião de alterações normativas ou de decisões administrativas ou judiciais que impliquem redução de quaisquer tributos, ressalvados os incidentes sobre a renda e o lucro.

[...]

§ 8º Para a destinação de que trata o inciso XXII do *caput* deste artigo, a Aneel deverá estabelecer critérios equitativos, considerar os procedimentos tarifários e as disposições

ADI 7324 / DF

contratuais aplicáveis e observar:

I - as normas e os procedimentos tributários aplicáveis à espécie;

II - as peculiaridades operacionais e processuais relativas a eventuais decisões judiciais ou proferidas por autoridade tributária competente;

III - a destinação integral dos valores do indébito, após apresentação ao órgão fazendário competente de requerimento do crédito a que faz jus, nos termos da legislação de cada ente tributário;

IV - os valores repassados pelas distribuidoras de energia elétrica diretamente aos consumidores em virtude de decisões administrativas ou judiciais; e

V - o equilíbrio econômico-financeiro da concessão."

"Art. 3º-B. A Aneel deverá promover, nos processos tarifários, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica relacionados às ações judiciais transitadas em julgado que versam sobre a exclusão do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) da base de cálculo da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Contribuição para o PIS/Pasep) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

§ 1º Para a destinação de que trata o *caput* deste artigo, deverão ser considerados nos processos tarifários:

I - o valor total do crédito utilizado em compensação perante a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, acrescido de juros conforme o § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995;

II - a integralidade dos valores dos créditos requeridos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil a serem compensados até o processo tarifário subsequente, conforme

ADI 7324 / DF

projeção a ser realizada pela Aneel;

III - os tributos incidentes sobre os valores repetidos de que trata o *caput* deste artigo;

IV - os valores repassados pelas distribuidoras de energia elétrica diretamente aos consumidores em virtude de decisões administrativas ou judiciais; e

V - a capacidade máxima de compensação dos créditos da distribuidora de energia elétrica.

§ 2º A destinação de que trata o *caput* deste artigo dar-se-á nos processos tarifários anuais, a partir do primeiro processo tarifário subsequente ao requerimento à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

§ 3º Ressalvada a forma de destinação de que trata o inciso II do § 1º deste artigo, a Aneel poderá determinar a antecipação da destinação do crédito ao requerimento à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, desde que:

I - haja anuência da distribuidora de energia elétrica quanto ao valor a ser antecipado;

II - seja a distribuidora de energia elétrica restituída da remuneração referente ao valor antecipado.

§ 4º A remuneração da antecipação de que trata o § 3º deste artigo será definida pela Aneel.

§ 5º O disposto no § 3º deste artigo é aplicado ao crédito ainda não requerido à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, desde que haja anuência da distribuidora de energia elétrica.

§ 6º A Aneel promoverá revisão tarifária extraordinária com vistas a efetuar exclusivamente a destinação de que trata o *caput* referente às decisões judiciais anteriores à entrada em vigor deste artigo.

§ 7º O disposto no § 6º deste artigo aplica-se às distribuidoras de energia elétrica cujos últimos processos tarifários tenham sido homologados a partir de janeiro de 2022.”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

ADI 7324 / DF

A autora tem legitimidade para a propositura desta ação, nos termos do art. 103, IX, da Constituição Federal e do art. 2º, IX, da Lei n. 9.868/1999, por se tratar de entidade de classe de âmbito nacional e com pertinência temática em virtude das concessionárias de distribuição de energia elétrica representadas.

Os elementos objetivos desta ação direta de inconstitucionalidade, apesar de relacionados, não englobam a previsão contida no art. 9º, § 3º, da Lei n. 8.987/1995, enquanto conjunto normativo, uma vez que há diversidade dos regramentos legais.

As mudanças efetuadas na Lei n. 9.426/1996 pela Lei n. 14.385/2022 tratam da “devolução de valores de tributos recolhidos a maior pelas prestadoras do serviço público de distribuição de energia elétrica” ao passo que o art. 9º, § 3º, da Lei n. 8.987/1995 estabelece o impacto da “criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais” com a consequente “revisão da tarifa, para mais ou para menos”.

Não obstante à correlação econômica, os fenômenos jurídicos regradados são diferentes.

Portanto, não havia necessidade da impugnação do art. 9º, § 3º, da Lei n. 8.987/1995, sob o fundamento de conjunto normativo, face à independência dos regramentos ante a especificidade das alterações promovidas pela Lei n. 14.385/2022 na Lei n. 9.426/1996 concernentes ao modo e aos critérios para devolução dos valores.

Superadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

A legislação referente à regulação jurídica dos serviços públicos prestados sob regime de concessão estabelece a transferência do ônus econômico do pagamento de tributos ao usuário do serviço público.

ADI 7324 / DF

Nesse sentido, o art. 9º, § 3º, da Lei n. 8.987/1995, estabelece:

Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

Desse modo, ao lado da obrigação das concessionárias de serviço público efetuarem o recolhimento dos tributos devidos, por expressa disciplina legal, foi fixada a responsabilidade econômica do usuário em arcar com o custo daqueles.

O ônus econômico do pagamento de tributos é do usuário do serviço de fornecimento de energia elétrica pela empresa distribuidora.

Ainda que a concessionária de energia elétrica seja a contribuinte dos tributos, a carga tributária incidente no serviço prestado aos usuários já está inserida na tarifa implicando simples trânsito de valores na administração financeira da empresa responsável pela prestação do serviço público.

Diversamente de outras situações de atividade econômica, em que ocorre a inclusão dos tributos na formação do preço final ao mercado consumidor (redução do lucro), no caso do serviço público na hipótese em exame (serviço público sob regime de concessão) há norma legal expressa, com incidência no campo do direito administrativo, com total transferência do encargo econômico tributário ao usuário do serviço público para o equilíbrio e revisão da tarifa.

Neste julgamento é fundamental destacar o mero trânsito econômico pela tesouraria da empresa concessionária, por manifesta regulação jurídica, dos valores relativos ao pagamento de tributos.

ADI 7324 / DF

Os montantes econômicos destinados ao pagamento de tributos suportados pelos usuários não são qualificados nos contratos administrativos em exame como lucro da concessionária e encerram política tarifária.

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) foi instituída pela Lei n. 9.427/1996, como agência reguladora com atribuição para gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica.

Nessa conformidade, as normas impugnadas constantes da Lei n. 14.385/2022 trataram da destinação dos créditos relativos à repetição de indébito tributário de acordo com o regramento dos contratos administrativos.

As previsões da Lei n. 14.385/2022 têm natureza de direito administrativo por não estabelecerem qualquer regra de direito tributário, mas do destino de valores que transitaram pela tesouraria da empresa para equilibrar o contrato administrativo na formação da tarifa arcada pelos usuários.

O art. 9º, § 3º, da Lei n. 8.987/1995, ao estabelecer a consideração do impacto dos tributos a serem arcados pelos usuários do serviço público de fornecimento de energia elétrica, não tem natureza jurídica de norma de direito tributário, pois nada disciplina acerca da relação jurídico-tributária; trata, em verdade, do equilíbrio econômico na formação da tarifa de energia elétrica, cuja natureza é de direito administrativo.

As previsões impugnadas em nada afetam o regramento da repetição de indébito tributário, apenas especificam a destinação de um crédito sem qualquer mudança de regime jurídico na relação jurídica da qual foi originado.

ADI 7324 / DF

O conteúdo legislativo é tão somente o destino de um crédito desde sua repercussão no regime de concessão de serviço público na conformidade da natureza jurídica do contrato administrativo; sem a criação de qualquer regra incidente na relação jurídica, de direito tributário, formativa do crédito em si.

O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, fixou no tema 69 a seguinte tese:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

A aplicação desse entendimento no campo de atuação das empresas concessionárias de energia elétrica repercutiu em significativo crédito decorrente do indébito tributário.

Entretanto, os valores econômicos recolhidos a título de tributos foram arcados integralmente pelos usuários e não pela empresa contribuinte, conforme o sistema legislativo existente antes da Lei n. 14.385/2022.

A opção política do legislador foi pela utilização desses valores em prol da política tarifária.

Seja como for, tais valores não encerram recursos das empresas concessionárias.

A importância e a relevância desse fato determinaram sua inserção no art. 3º-B da Lei n. 14.385/2022.

A menção legal ao indébito tributário teve por finalidade estabelecer a causa do crédito para fixar sua ligação com o fato dos tributos, no aspecto econômico da concessão, terem sido, prévia e integralmente, suportados pelos usuários do serviço público face à anterior inclusão na

ADI 7324 / DF

tarifa.

Nessa perspectiva, não há inconstitucionalidade formal por violação ao disposto no art. 146, III, “b”, da Constituição Federal (reserva de lei complementar), porquanto a natureza jurídica da Lei n. 14.385/2202 é de direito administrativo e, portanto, passível de regulação jurídica por meio de lei ordinária, nos termos do art. 175, parágrafo único, III, da Carta da República (política tarifária).

A legislação objeto desta ação não provocou qualquer alteração na coisa julgada formativa do crédito, porquanto nada estabeleceu em matéria de processo civil. Enfim, não houve modificação alguma na relação jurídica processual entre a concessionária e o Estado.

O que ocorreu, na conformidade da relação jurídica de direito administrativo, foi a destinação do crédito no aspecto do equilíbrio da formação da política tarifária sem qualquer reflexo na coisa julgada material.

Tampouco se cogita da violação pelas normas impugnadas de ato jurídico perfeito por ínsito à disciplina jurídica incidente na relação de contrato administrativo.

Não há ofensa ao direito de propriedade face à ausência de causa jurídica para incorporação ao patrimônio da empresa concessionária dos valores recebidos por força de indébito tributário.

Como exposto, as quantias econômicas para o pagamento de tributos somente transitaram pela contabilidade da empresa concessionária de energia elétrica sem a possibilidade da aquisição permanente de sua propriedade a título de remuneração, pois, a responsabilidade econômica de arcar com os tributos é do usuário do serviço público e não da concessionária.

ADI 7324 / DF

Não ocorreu violação do direito de propriedade ante a incidência do princípio geral do direito do enriquecimento sem causa; do contrário, haveria apropriação de valores pela concessionária sem razão jurídica a tanto, de forma que a legislação impugnada apenas realocou os valores a sua origem no esteio da principiologia da política tarifária.

O valor dos tributos repetidos jamais integraram funcionalmente o patrimônio das concessionárias nos termos do direito fundamental de propriedade.

Assim, excluída a alegação de inconstitucionalidade material por ofensa ao direito de propriedade.

Como destacado, a concessão de serviço público está inserida numa política tarifária (CF, art.175, parágrafo único, III) destinada a atender aos aspectos do serviço público e da remuneração da concessionária.

Esse regramento amplo a cargo da tarifa do serviço público é destacado por André Luiz Freire da seguinte forma:

O fato de a definição da política tarifária ser fruto de uma decisão política que vai além da mera relação contratual Poder Concedente e concessionária traz outra característica para as tarifas. É pacífico que a sua modificação unilateral pelo Poder Concedente é possível. Trata-se de um “aspecto regulamentar” do serviço, e não uma pura “cláusula econômico-financeira” (*Direito dos contratos administrativos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. *E-book*, posição RB-20.3).

A equação econômico-financeira do contrato de concessão de serviço público em sentido amplo tem complexidade fática ante a necessidade do equilíbrio e do tratamento conjunto dos interesses estatais, das concessionárias e dos usuários.

ADI 7324 / DF

Os efeitos da Lei n. 14.385/2022 ocorrem a partir de sua vigência para o futuro, considerados os créditos provenientes de repetição de indébito tributário, não havendo efeito retroativo.

De outra parte, não ocorreu alteração da situação jurídica desses créditos, os quais, como detalhadamente exposto, não integraram ou integram o patrimônio da concessionária, já que os tributos foram transferidos, na forma art. 9º, § 3º, da Lei n. 8.987/1995, pelos usuários à concessionária para o pagamento de tributos; portanto, parcela fora da remuneração lucrativa da concessionária.

Assim, não se cogita de efeito retroativo, tão só houve maior especificação de situações jurídicas já existentes e regulamentadas em igual sentido antes da vigência da lei.

Ante ao exposto, julgo improcedente o pedido formulado nesta ação direta de inconstitucionalidade.

É como voto.

04/09/2024**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL****DEBATE II**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, quero fazer o registro que acho essa discussão extremamente relevante. Já manifestei, em momento oportuno, as minhas reservas em relação ao julgamento do PIS/COFINS, a questão do ICMS, a base de cálculo do PIS/COFINS, entendendo que, naquele momento, era uma técnica de valorização, de redução da alíquota e ter uma mais ampla base de cálculo.

Claro, quando esse julgamento se deu, houve várias advertências no sentido de que o sistema era prenhe dessas fórmulas, conforme aparece, depois, no caso do ISS. Portanto, daria ensejo a múltiplas distorções. O que se fala desse caso - salvo engano, ouvi do próprio Ministro Haddad - em relação ao PIS/COFINS é que as compensações já montam a mais de 220 bilhões de reais. Portanto, é uma conta para ninguém desprezar.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Cobriria o deficit fiscal. E o consumidor final, que pagou esse valor, não está recebendo. Quem está recebendo é o contribuinte de direito. Isso tem que ser dito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Como não houve essa trava para o contribuinte de direito, obviamente que acabou ocorrendo - claro, com todo respeito - um enriquecimento ilícito. De fato, é disso que se cuida. Então, essa é uma questão que precisa ser refletida. E claro que, na primeira oportunidade, nós devemos nos debruçar sobre essa temática, para não incentivar esse tipo de prática.

Ah, quero corrigir o sistema tributário! Façamos recomendações para o futuro: retire-se determinada norma do sistema, faça-se ajuste aqui ou acolá. Agora, a repercussão que isso tem no sistema, considerando ainda um dado que nós normalmente esquecemos: nós temos um sistema misto de controle de constitucionalidade, muitas ações já estão tramitando desde que a lei nasceu, portanto nem haverá falar em prescrição.

ADI 7324 / DF**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Estamos aqui a falar de PIS e COFINS, fora o ICMS por dentro, que esta Corte tinha placitado dezenas de vezes. Dezenas de vezes. De repente, faz-se uma viragem de jurisprudência. E os estados também! O Ministro **Flávio Dino** sabe bem, deve ter os números do Maranhão em relação ao que foi a devolução de ICMS por dentro. E isso não foi para o consumidor que pagou o preço final.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E aí, então, esse é um ponto relevante. Eu acho que, na primeira oportunidade em que se colocar um debate sobre isso, nós temos que voltar ao velho 166 e à própria súmula do Supremo Tribunal Federal.

Eu sou de uma época em que a gente entrava no primeiro curso de Direito Tributário e já se falava nisso: de que a repetição do indébito se dava tendo em perspectiva o contribuinte de fato e não o contribuinte de direito; que só isso não bastava. Então, é preciso que, de fato, nós estejamos um pouco mais preocupados com essa questão.

Porque é um dado curioso ao fim e ao cabo. Diante de um modelo como esse, quando o orçamento será vinculante? Quando se poderá saber que essas estimativas de receitas se colocarão diante de todos esses tropeços que a toda hora se encetam e se multiplicam? E daí, obviamente, há necessidade de improvisos na política geral.

De modo que me parece que talvez até o caso, Ministro André, do ISS é uma oportunidade para refletirmos sobre essa questão à larga, para fazermos esses ajustes necessários. E a minha impressão - claro que vou aguardar o voto do Ministro Dias Toffoli -, por tudo que eu já argumentei aqui, é que eu estou em consonância com o voto do Ministro Alexandre de Moraes, na linha de dizer que a lei, de fato, é constitucional.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Se me permite, Ministro Gilmar, acho que todos os votos até agora vão nessa linha.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (VICE-PRESIDENTE) - Não há divergência quanto a isso.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Não há divergência, nenhuma divergência. É só a questão do prazo prescricional.

ADI 7324 / DF

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - A divergência que remanesce é sobre a prescrição, que eu particularmente considero que não há. E tem 10 e 5 anos.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Por isso que, se me permitem, as preocupações levantadas por Vossa Excelência, ao menos neste julgamento, e neste julgamento me sinto à vontade de fazer essa reflexão, porque houve uma lei que trouxe parâmetros. Então, foi trazido da tribuna, algum dos advogados questionou por que uma lei que só tratou da energia elétrica. Essa é uma boa pergunta. Poderia se tratar de outras questões também, mas nós temos uma lei específica.

A grande distinção para mim, porque há uma questão preliminar: essa lei é de natureza tributária ou de regulação tarifária? Todos os votos apontaram no sentido de ser de regulação tarifária, de não ser tributária. A minha compreensão, ao menos, de não declarar inconstitucional parte desse pressuposto, porque eu estou jogando numa perspectiva futura um direito que nasceu, ao julgar o Tema 69, para o consumidor ou comprador. Mesmo não tendo o tema, a lei tratado de outras áreas, o consumidor ou comprador, ao final, a partir do julgamento do Tema 69, fez nascer para ele um direito, ou uma perspectiva de direito, de ele, sim, buscar junto às empresas a restituição, mesmo sem lei. Aqui, o que a lei fez foi atribuir à ANEEL uma prerrogativa de fazê-lo por si, enquanto administração reguladora. Contudo, os consumidores, a partir do Tema 69, na minha modesta opinião, têm o direito, a partir daquele julgamento, de buscar junto às empresas os seus valores.

Qual o limite estabelecido para isso? O prazo prescricional.

Então, a grande diferença aqui é que há uma lei, mas o direito material, eu penso que os consumidores já o têm.

Desse modo, eventual rediscussão do Tema 69, eu penso, salvo o melhor juízo, com a devida vênica de opiniões divergentes, ele tem que partir do pressuposto de uma análise pró futuro, porque eu tenho que respeitar o que nós decidimos; e, nessa análise pró futuro, fica para o passado o direito próprio do titular do crédito tributário, porque ele tem o direito, a partir daquele julgamento ao menos, de buscar os valores que

ADI 7324 / DF

as empresas eventualmente receberam. Apenas trazendo essa contribuição.

Agora, no julgamento ora estabelecido, salvo melhor juízo, estamos todos de acordo com a constitucionalidade total, ou via uma interpretação conforme do texto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas a minha dúvida veio exatamente por conta do debate sobre a prescrição, na medida em que temos uma lei que dá início a um direito de maneira bastante clara. E, no caso específico, em se tratando de PIS/COFINS, considerando as decisões, quando ocorreria prescrição, qual seria o *dies a quo* nessa hipótese.

E eu não tenho, também, Ministro André, dificuldade de, a partir do reconhecimento desse direito material reconhecido aos utentes, consumidores de energia, de estender esse mesmo direito a outras, podemos daqui a pouco até pensar numa súmula, para que outras concessionárias procedessem em relação a situações idênticas que também ocorreram.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (VICE-PRESIDENTE) - Muito bem! Portanto, com o pedido de vista do Ministro Dias Toffoli, anuncio o resultado provisório de julgamento e tenho anotado aqui, porque gostaria que Vossas Excelências conferissem: pelo julgamento improcedente, os votos dos eminentes Ministros Alexandre Moraes e Flávio Dino; pela interpretação conforme, os eminentes Ministros Luiz Fux, Cristiano Zanin, André Mendonça e Nunes Marques; pela incidência do lapso prescricional de 10 anos, os votos dos eminentes Ministros Alexandre de Moraes - Flávio Dino reconhece a prescrição, mas aderiria ao lapso temporal maior -, portanto, aqui também, Ministros Flávio Dino, Cristiano Zanin e Nunes Marques; e pela prescrição de 5 anos, os eminentes Ministros Luiz Fux e André Mendonça.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Permite-me, Presidente?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (VICE-PRESIDENTE) - Claro, pois não!

ADI 7324 / DF

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR)

- Porque há um segundo ponto que foi debatido: a questão do repasse integral. Acho que todos concordaram.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (VICE-PRESIDENTE) -

Isso, Vossa Excelência propõe o repasse líquido; e creio que quanto a isso não houve divergência. Eu anotei repasse líquido excluídos os custos adicionais diretos efetivos, conforme a regulação da ANEEL.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR)

- Isso. Se Vossa Excelência me permite. Só para reflexão do Ministro Toffoli, que pediu vista, seja declarando a improcedência, e estamos abertos depois para discutir, pela improcedência declarando constitucional ou julgando parcialmente procedente para conceder a interpretação conforme, acho que a ideia é que é constitucional a Lei nº 14.395, de 22, que atribui a agência reguladora a competência para promover de ofício a destinação integral em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica em razão do recolhimento a maior, desde que se aplique o prazo - e aí alguns prescrição decenal, outros, quinquenal - e desde que do repasse integral, previsto na Lei nº 14.385, sejam excluídos pela ANEEL os tributos e custos específicos suportados pelas concessionárias para fins de obter a repetição do indébito tributário.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (VICE-PRESIDENTE) -

Perfeitamente. Quanto à constitucionalidade, todos os seis votos até agora proferidos afirmam a constitucionalidade da lei.

Pois não, Ministro Flávio.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Senhor Presidente, eu

gostaria apenas que constasse, para o futuro, que voto pelo não reconhecimento da prescrição. E num segundo momento, o arbitramento. Agradeço a Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (VICE-PRESIDENTE)

-Está registrado esse caráter sucessivo da posição de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Muito obrigado,

ADI 7324 / DF

Presidente!

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (VICE-PRESIDENTE) -
Muito bem. Portanto, proclamado o resultado provisório, fica com a vista do Ministro Dias Toffoli. Aguardam a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Gilmar Mendes e também eu aguardo o voto-vista do eminente Ministro Dias Toffoli.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S) : ABRADÉE - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA

ADV.(A/S) : MARCELO MONTALVAO MACHADO (34391/DF, 31755-A/PA, 4187/SE, 357553/SP)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL

ADV.(A/S) : BRENO RIGHI (110378/MG)

ADV.(A/S) : MATEUS FERNANDES VILELA LIMA (36455/DF)

ADV.(A/S) : FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA (40645/BA, 31546/DF)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE COMUNICAÇÃO E EDUCAÇÃO EM DEFESA DOS CONSUMIDORES E INVESTIDORES - (ICDESCA)

ADV.(A/S) : ERLINAEI DA SILVA TEIXEIRA (19855/MA)

AM. CURIAE. : AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL

ADV.(A/S) : FÁBIA MARA FELIPE BELEZI

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE GÁS CANALIZADO - ABEGÁS

ADV.(A/S) : ERICK DE PAULA CARMO (86712/MG)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GRANDES CONSUMIDORES

INDUSTRIAIS DE ENERGIA E DE CONSUMIDORES LIVRES ; ABRACE

ADV.(A/S) : SEBASTIAO BOTTO DE BARROS TOJAL (66905/SP)

Decisão: Após o voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), que julgava improcedente o pedido formulado na ação direta, o processo foi destacado pelo Ministro Luiz Fux. Falaram: pela requerente, o Dr. Cairo Trevia Chagas; pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Raphael Ramos Monteiro de Souza, Advogado da União; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres - ABRACE, a Dra. Renata Rocha Villela; e, pelo *amicus curiae* Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Gás Canalizado - ABEGÁS, o Dr. Marcus Livio Gomes. Plenário, Sessão Virtual de 10.11.2023 a 20.11.2023.

Decisão: Após o voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), que julgava improcedente o pedido formulado na ação direta, declarando constitucional a Lei nº 14.385/2022, que atribui à agência reguladora a competência para promover, de ofício, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica em razão de recolhimento a

maior, desde que: i) aplique-se o prazo decenal de prescrição; e ii) do repasse integral previsto na Lei nº 14.385/2022 sejam excluídos pela ANEEL os tributos e custos específicos suportados pelas concessionárias para fins de obter a repetição de indébito tributário; do voto do Ministro Luiz Fux, que reconhecia a constitucionalidade da lei, mas propunha uma interpretação conforme no tocante à restituição integral, permitindo a dedução das despesas diretas e indiretas, entendendo pela aplicação do prazo quinquenal de prescrição, no que foi acompanhado pelo Ministro André Mendonça; do voto do Ministro Flávio Dino, que acompanhava o Relator no sentido da improcedência da ação, mas não reconhecia a ocorrência de prescrição e, caso vencido nesse ponto, aplicava o prazo prescricional decenal; e dos votos dos Ministros Cristiano Zanin e Nunes Marques, que reconheciam a constitucionalidade da lei, propondo uma interpretação conforme nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, mas aplicavam o prazo decenal de prescrição, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Aguardam os demais Ministros. Falaram: pela requerente, o Dr. Alexander Andrade Leite; pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Raphael Ramos Monteiro de Souza, Advogado da União; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Gás Canalizado - ABEGÁS, o Dr. Celso Caldas Martins Xavier; e, pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres - ABRACE, a Dra. Renata Rocha Villela. Ausente, justificadamente, o Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente). Presidiu o julgamento o Ministro Edson Fachin (Vice-Presidente). Plenário, 4.9.2024.

Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça, Cristiano Zanin e Flávio Dino.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente).

Procurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S)	: ABRADÉE - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA
ADV.(A/S)	: MARCELO MONTALVAO MACHADO
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL
ADV.(A/S)	: BRENO RIGHI
ADV.(A/S)	: MATEUS FERNANDES VILELA LIMA
ADV.(A/S)	: FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE COMUNICAÇÃO E EDUCAÇÃO EM DEFESA DOS CONSUMIDORES E INVESTIDORES - (ICDESCA)
ADV.(A/S)	: ERLINAE DA SILVA TEIXEIRA
AM. CURIAE.	: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL
ADV.(A/S)	: FÁBIA MARA FELIPE BELEZI
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE GÁS CANALIZADO - ABEGÁS
ADV.(A/S)	: ERICK DE PAULA CARMO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GRANDES CONSUMIDORES INDUSTRIAIS DE ENERGIA E DE CONSUMIDORES LIVRES ¿ ABRACE
ADV.(A/S)	: SEBASTIAO BOTTO DE BARROS TOJAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Brasileira das Distribuidoras de Energia Elétrica (ABREDEE), com pedido de medida cautelar, tendo por objeto a Lei nº 14.385, de 27 de junho de 2022.

Em síntese, relata a requerente que essa lei determinou às distribuidoras de energia elétrica o repasse aos usuários, por meio de tarifa, dos valores de indébito tributários do PIS/COFINS restituídos

ADI 7324 / DF

como consequência da exclusão do ICMS de suas bases de cálculo, na forma do Tema nº 69 da Repercussão Geral. Aponta que medida como essa se aplicaria a outras repetições de indébito tributário. Para a ABRADEE, a lei impugnada teria violado o art. 5º, incisos XXII e XXXVI, e o art. 146, inciso III, bem como os princípios da segurança jurídica e da equidade.

Nesse contexto, afirma a requerente, em essência, que a lei questionada se imiscuiu em questões relativas à repetição de indébito tributário, as quais só poderiam ser modificadas por meio de lei complementar. Também argumenta que o diploma hostilizado transfere para terceiros o que o Poder Judiciário decidiu caber aos distribuidores, ofendendo o direito de propriedade. Indica que o ato normativo em questão incidiu em retroatividade, afrontando a ideia da impossibilidade do exercício de nova hipótese de competência em relação a fatos pretéritos, inclusive protegidos pela coisa julgada. Argumenta que a lei impugnada resulta em insegurança jurídica e ainda indica que a devolução de valores aos usuários não se dá na proporção individual e precisa ou, ao menos, aproximada, e sim no transpasse ao público em geral.

Adoto, no mais, o relatório elaborado pelo Ministro **Alexandre de Moraes**.

Transcrevo o teor da Lei nº 14.385/22:

“Art. 1º A Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 3º (...)

(...)

XXII - promover, de ofício, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica em razão de recolhimento a maior, por ocasião de alterações normativas ou de decisões

ADI 7324 / DF

administrativas ou judiciais que impliquem redução de quaisquer tributos, ressalvados os incidentes sobre a renda e o lucro.

(...)

§ 8º Para a destinação de que trata o inciso XXII do caput deste artigo, a Aneel deverá estabelecer critérios equitativos, considerar os procedimentos tarifários e as disposições contratuais aplicáveis e observar:

I - as normas e os procedimentos tributários aplicáveis à espécie;

II - as peculiaridades operacionais e processuais relativas a eventuais decisões judiciais ou proferidas por autoridade tributária competente;

III - a destinação integral dos valores do indébito, após apresentação ao órgão fazendário competente de requerimento do crédito a que faz jus, nos termos da legislação de cada ente tributário;

IV - os valores repassados pelas distribuidoras de energia elétrica diretamente aos consumidores em virtude de decisões administrativas ou judiciais; e

V - o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.’
(NR)

‘Art. 3º-B A Aneel deverá promover, nos processos tarifários, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica relacionados às ações judiciais transitadas em julgado que versam sobre a exclusão do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) da base de cálculo da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Contribuição para o PIS/Pasep) e da Contribuição para o

ADI 7324 / DF

Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

§ 1º Para a destinação de que trata o caput deste artigo, deverão ser considerados nos processos tarifários:

I - o valor total do crédito utilizado em compensação perante a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, acrescido de juros conforme o § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995;

II - a integralidade dos valores dos créditos requeridos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil a serem compensados até o processo tarifário subsequente, conforme projeção a ser realizada pela Aneel;

III - os tributos incidentes sobre os valores repetidos de que trata o caput deste artigo;

IV - os valores repassados pelas distribuidoras de energia elétrica diretamente aos consumidores em virtude de decisões administrativas ou judiciais; e

V - a capacidade máxima de compensação dos créditos da distribuidora de energia elétrica.

§ 2º A destinação de que trata o caput deste artigo dar-se-á nos processos tarifários anuais, a partir do primeiro processo tarifário subsequente ao requerimento à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

§ 3º Ressalvada a forma de destinação de que trata o inciso II do § 1º deste artigo, a Aneel poderá determinar a antecipação da destinação do crédito ao requerimento à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, desde que:

I - haja anuência da distribuidora de energia elétrica quanto ao valor a ser antecipado;

II - seja a distribuidora de energia elétrica restituída da remuneração referente ao valor antecipado.

§ 4º A remuneração da antecipação de que trata o § 3º deste artigo será definida pela Aneel.

§ 5º O disposto no § 3º deste artigo é aplicado ao crédito ainda não requerido à Secretaria Especial da

ADI 7324 / DF

Receita Federal do Brasil, desde que haja anuência da distribuidora de energia elétrica.

§ 6º A Aneel promoverá revisão tarifária extraordinária com vistas a efetuar exclusivamente a destinação de que trata o caput referente às decisões judiciais anteriores à entrada em vigor deste artigo.

§ 7º O disposto no § 6º deste artigo aplica-se às distribuidoras de energia elétrica cujos últimos processos tarifários tenham sido homologados a partir de janeiro de 2022.'

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."

Na sessão de 4/9/24, votou o Relator pela improcedência do pedido, declarando a constitucionalidade da lei impugnada, que atribui à agência reguladora a competência para promover, de ofício, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica em razão de recolhimento a maior, desde que: i) se aplique o prazo decenal de prescrição; e ii) do repasse integral previsto na Lei nº 14.385/22 sejam excluídos pela ANEEL os **tributos e os custos específicos** suportados pelas concessionárias para fins de obter a repetição de indébito tributário.

O Ministro **Luiz Fux** votou pelo reconhecimento da constitucionalidade da lei, mas propôs interpretação conforme no tocante à restituição integral, permitindo a dedução das **despesas diretas e indiretas**, entendendo pela aplicação do prazo quinquenal de prescrição. Acompanhou Sua Excelência o Ministro **André Mendonça**.

O Ministro **Flávio Dino** acompanhou o Relator na improcedência do pedido, mas não reconheceu a ocorrência de prescrição e, caso vencido nesse ponto, afirmou que aplicaria o prazo prescricional decenal.

Os Ministros **Cristiano Zanin** e **Nunes Marques** reconheceram a constitucionalidade da lei questionada e propuseram interpretação conforme, nos termos do voto do Ministro **Luiz Fuz**, aplicando, no entanto, o prazo decenal.

ADI 7324 / DF

Pedi vista dos autos para melhor apreciar a controvérsia.
É o breve relatório.

AFASTAMENTO DA PRELIMINAR

De início, acompanho o Relator no tocante ao afastamento da alegação formulada pelo Advogado-Geral da União e pelo Procurador-Geral da República de que a requerente, por não ter questionado o art. 9º, § 3º, da Lei nº 8.987/95, não teria impugnado todo o complexo normativo.

Esse dispositivo, vale lembrar, prevê que, com exceção do imposto sobre a renda, “a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos (...)”. Ocorre que a lei ora impugnada, como bem aduziu o Relator, “estabelece critérios, procedimentos e delimitações que permitem a sua sindicabilidade própria”.

No mérito, também adianto que reconheço a constitucionalidade da lei impugnada.

CONSTITUCIONALIDADE DA LEI QUESTIONADA

Afasto a alegação de que o diploma questionado teria invadido matéria tributária reservada a lei complementar.

A presente discussão insere-se no contexto dos serviços públicos relacionados à energia elétrica. No âmbito das concessões de serviços públicos, a política tarifária envolve o respeito ao denominado equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) do contrato.

De Plácido e Silva, ao tratar da expressão equação econômico-financeira do contrato, anota que ela diz respeito à “relação sinalagmática que deve existir nos contratos de prestações mútuas”¹. Ao tratar dos contratos administrativos, José dos Santos Carvalho Filho registrou que, “quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade

1 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 546.

ADI 7324 / DF

contratada ao encargo financeiro correspondente”². Essas ideias, devidamente adaptadas, podem ser levadas para o contexto do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e permissões do serviço público de distribuição de energia elétrica.

Entre as diversas normas que se relacionam com o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos, existe a prevista no art. 9º, § 3º, da Lei nº 8.987/95. Esse dispositivo, reitero, determina que sempre que haja criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos (exceto IR) após a apresentação da proposta pela empresa que participou da licitação, quando comprovado seu impacto, deve haver a revisão da tarifa, para mais ou para menos. A expressão quaisquer tributos abrange, sem dúvida, o PIS/COFINS.

Julgo que a disciplina em alusão contém o reconhecimento de que a carga financeira de certas tributações é, de fato, repercutida pelas concessionárias ou permissionárias no valor final cobrado dos usuários dos serviços públicos.

Vale destacar que o próprio Supremo Tribunal Federal já tangenciou a constitucionalidade do repasse da carga financeira do PIS/COFINS aos usuários de serviço público de energia elétrica no julgamento do Tema nº 415, RE nº 1.053.574/RS.

Nesse julgado, a Corte concluiu pela desnecessidade de lei complementar para se estabelecer o repasse da carga financeira dessas contribuições para os consumidores de **telefonia**, por meio das faturas de telefonia. E assentou que **a lógica se aplicaria também quanto ao consumo de energia elétrica**. Bem por isso, aliás, a menção à energia elétrica constou da tese firmada para o Tema nº 415.

Um dos precedentes citados no precedente em comento foi o REsp nº 1.185.070/RS. Na ocasião, o Ministro **Teori Zavascki** registrou que, em razão da característica onerosa e sinalagmática da prestação de distribuição de energia elétrica, a tarifa a ser paga pelo consumidor deveria ser “suficiente para retribuir, pelo menos, os custos suportados pelo prestador”, sendo “inafastável que, **na fixação do seu valor, sejam**

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 197.

ADI 7324 / DF

considerados, em regra, os encargos de natureza tributária” (grifo nosso).

Se a carga financeira de certas tributações é, costumeiramente por meio da tarifa, repassada ao consumidor do serviço público de distribuição de energia elétrica, é justo e razoável que, para efeito de equilíbrio econômico-financeiro, haja a revisão de tal tarifa no caso de alteração para menos ou extinção das referidas tributações. Se assim não fosse, o usuário continuaria pagando por um repasse de fictícia carga financeira. Isso é, continuaria sendo onerado a título de algo que ou não mais existe ou existe em menor escala.

Essa lógica se aplica no tocante à eventual repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica em razão de recolhimento a maior por ocasião **de alterações normativas ou de decisões administrativas ou judiciais que impliquem redução de quaisquer tributos**, ressalvados os incidentes sobre a renda e o lucro. Atente-se que, antes de tal redução, a tarifa, por meio da qual a indevida carga da tributação era transferida ao consumidor, estava majorada.

Especificamente no que diz respeito à determinação de que a ANEEL deve promover, de ofício, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto da referida repetição de indébito, entendo que a medida também está no bojo do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Sobre o assunto, é importante lembrar que os onerados por aquela tarifa majorada em razão de tributação indevida foram, efetivamente, os usuários do serviço público de distribuição de energia elétrica. Tal como a carga financeira da tributação indevida pode repercutir em desfavor dos usuários dos serviços públicos, a carga da repetição do indébito dessa tributação também pode repercutir em proveito dos usuários. A lei questionada ampara isso. Entender de maneira contrária resultaria, como indicado pelo Advogado-Geral da União, em enriquecimento sem causa do concessionário ou permissionário desses serviços públicos relacionados à energia elétrica. **Afora isso, a medida em questão**

ADI 7324 / DF

promove, ao cabo, a modicidade tarifária, que beneficia os usuários em geral. E, nessa toada, não cabe a alegação de que haveria impropriedade de lei pelo fato de, eventualmente, o usuário que suportou a carga de tributação indevida ser distinto do usuário atingido pela repercussão da repetição do indébito.

Em síntese, entendo que as digressões acima indicam, tal como registrou o Relator, que a lei impugnada não trata de matéria tributária (nem mesmo de matéria tributária reservada a lei complementar), e sim de política tarifária no âmbito das concessões e permissões dos referidos serviços públicos, a qual pode ser disciplinada em lei ordinária. Ademais, elas apontam para a inexistência de violação da equidade.

Outrossim, não vislumbro ofensa à coisa julgada. As decisões judiciais transitadas em julgado que estabeleceram repetição de indébito tributário à qual se refere a lei impugnada não disseram respeito, evidentemente, à questão atinente ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões ou permissões dos serviços públicos relacionados à energia elétrica.

No que diz respeito ao prazo prescricional atinente à promoção da destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica, julgo que ele é de 10 anos, não sendo aplicável o prazo de 5 anos relativo à repetição de indébito tributário. Como se viu, a medida em tela diz respeito à política tarifária, e não a matéria tributária.

Acompanho o Relator também quanto à compreensão de que, ao promover aquela destinação integral de valores, a ANEEL exclua os tributos e os custos específicos suportados pelas distribuidoras para fins de obter a repetição de indébito tributário. Entendo, aliás, que essa compreensão está **abarcada pela própria lei impugnada.**

Com efeito, a destinação em referência se insere, insisto, no contexto do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e, nessa seara, não poderia haver repasse no qual não fossem excluídos os valores relativos àqueles tributos e custos que foram suportados pelas concessionárias ou

ADI 7324 / DF

permissionárias. Eventual repasse sem essas exclusões não estaria alinhada com a equidade. Cabe lembrar que o § 8º do art. 3º da Lei nº 9.727/96, incluído pela lei ora questionada, expressamente previu que a Aneel, para promover aquela destinação integral de valores, “deverá estabelecer **critérios equitativos**, considerar os procedimentos tarifários e as disposições contratuais aplicáveis”, além de observar outras disciplinas, entre as quais, “as normas e os procedimentos tributários aplicáveis à espécie” e o próprio equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Ainda sobre o assunto, entendo que consiste em garantia mínima a estipulação do Relator de que a Aneel deve fazer aquela exclusão dos tributos e custos específicos suportados pelas concessionárias para fins de obter a repetição de indébito tributário. Isso é, essa estipulação **não impede que a agência, na análise de cada caso concreto, verifique a necessidade de, justificadamente e com base no citado § 8º** (e também, quando presente a questão da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, com base nos parágrafos do art. 3º-B da Lei nº 9.727/96, incluído pela lei impugnada), excluir outras parcelas.

Acrescento que, como agência reguladora que há muito atua no setor e que conta com profissionais experientes, a Aneel possui boa autoridade epistêmica para fazer esses ajustes finos, verificando quais parcelas deverão ser excluídas da destinação integral de valores a que se refere a lei. É importante realçar, ainda, que as decisões tomadas pela Aneel nesse contexto são controláveis pelo Poder Judiciário, quando provocado.

Passo a comentar, mais especificadamente, algumas decorrências do julgamento do Tema nº 69.

A REPERCUSSÃO DO TEMA Nº 69 NO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NO CONTEXTO DOS SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal definiu, no julgamento do Tema nº 69, ser inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo

ADI 7324 / DF

do PIS/COFINS.

Na apreciação dos embargos de declaração, houve modulação dos efeitos da decisão, estabelecendo o Tribunal que ela passaria a ter efeitos após 15/3/17, data em que foi julgado o caso paradigma e fixada a tese de repercussão geral, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a referida data. No julgamento do Tema nº 1.279, a Corte fez esclarecimento sobre essa modulação. Elucidou que, se o fato gerador ocorrer antes do citado marco temporal, não há possibilidade de pedido de repetição do indébito ou de compensação da tributação declarada inconstitucional, salvo quanto às ações judiciais e aos procedimentos administrativos protocolados até 15/3/17.

Em razão da orientação estabelecida no julgamento do Tema nº 69, prestadoras do serviço público de distribuição de energia elétrica conseguiram repetição de indébito atinente à indevida inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS.

A carga dessa tributação era, contudo, repassada para os usuários do serviço. A maneira de as concessionárias e permissionárias realizarem esse repasse foi explicada pela Aneel no citado REsp nº 1.185.070. Resumidamente, na época em que havia apenas o regime cumulativo do PIS/COFINS (alíquotas precisas de 0,65% e 3%, respectivamente), a carga dessa tributação era repassada por dentro da tarifa cheia. Ou seja, um montante tarifário já era destinado a cobrir essa tributação.

Com o surgimento do regime não cumulativo dessas contribuições, no qual é preciso confrontar, de tempos em tempos, as alíquotas de 1,65% (PIS) e 7,6% (COFINS) com créditos, os quais variam de acordo com a realidade de cada distribuidora, ficava difícil determinar genericamente qual seria o montante tarifário a ser estabelecido para cobrir a tributação em seus novos moldes. E manter a sistemática anterior ensejaria inúmeras revisões extraordinárias das tarifas, desvirtuando o instituto da revisão extraordinária. A saída, então, foi possibilitar que as concessionárias e permissionárias repassassem aos usuários a carga financeira dessa tributação de maneira destacada na fatura de energia elétrica, tal como ocorria com a carga relativa ao ICMS. Reproduzo, abaixo, trecho dessa

ADI 7324 / DF

explicação, constante do voto do Ministro **Teori Zavascki**:

“Assim, antes das alterações surgidas com o advento das leis anteriormente mencionadas, havia, nas tarifas homologadas pela ANEEL, um montante tarifário destinado a cobrir os custos que os concessionários incorriam com o pagamento do PIS/PASEP e da COFINS. O valor desses tributos, portanto, já estava incluído no valor das tarifas cobradas dos consumidores.

Como anteriormente ao advento das Leis 10.637/02, 10.833/03 e 10.865/04 não havia a previsão de deduções quanto ao PIS/PASEP e à COFINS, não havia celeuma a ser tratada, já que a simples previsão da alíquota desses tributos equivalia ao custo efetivo da obrigação tributária (0,65% para o PIS/PASEP e 3,00% para a COFINS).

Com a instauração de uma sistemática não-cumulativa, implementada com a edição das Leis 10.637/02, 10.833/03 e 10.865/04, o custo efetivo com o pagamento dos mencionados tributos passa a ser variável, não mais correspondendo ao equivalente simples dos percentuais das alíquotas, tal como anteriormente fixado. (...)

Desta forma, como as tarifas dos concessionários de distribuição de energia elétrica contemplavam apenas o montante anteriormente correspondente à alíquota desses tributos, eventuais diferenças, para mais ou para menos, entre o valor coberto pela tarifa e o efetivamente despendido pelo concessionário só poderiam ser revistos mediante Revisão Tarifária Extraordinária, aumentando ou reduzindo a tarifa a ser cobrada.

(...)

Mas a revisão tarifária extraordinária não extirparia a possibilidade de haver novo descompasso entre o repasse tarifário e os custos efetivos com esses tributos para os meses seguintes à sua realização. (...)

(...)

A solução encontrada pelas áreas técnicas da ANEEL para

ADI 7324 / DF

conformar a cobrança dos tributos à nova realidade jurídica instalada com a legislação em questão foi a de se estender ao PIS/PASEP e a COFINS o mesmo tratamento conferido ao ICMS, ou seja, seus valores passaram a não mais ser incluídos nas tarifas de energia elétrica, **ficando a cargo dos agentes cobrar tais valores diretamente nas faturas de energia elétrica.**

(...)

Entretanto, apesar de trazer claramente o valor dos tributos na fatura, cumpre mencionar que a alteração legislativa **não teve o intuito de retirar o seu valor do preço final a ser pago pelo consumidor.**

Com efeito, ainda que inseridos no valor da tarifa de energia, o PIS/PASEP e a COFINS sempre foram cobrados dos consumidores de energia elétrica. Assim, a alteração implementada pela ANEEL teve por escopo melhor informar os consumidores acerca dos custos efetivamente incorridos para a prestação do serviço de distribuição de energia elétrica, sem, no entanto, retirar o valor dos tributos do preço a ser pago pelo usuário do serviço, sob pena de causar desequilíbrio econômico-financeiro ao contrato de concessão.

Por todo o acima exposto, a conclusão a que se chega é a de que, não obstante tenha havido alterações na forma de cobrança dos tributos em comento, em decorrência da edição das Leis nº 10.637/02, 10.833/03 e 10.865/04, o valor do PIS/PASEP e da COFINS continua a integrar o preço final a ser pago pelo consumidor pelo serviço público de distribuição de energia elétrica. A implementação da mudança para trazer maior transparência quanto aos valores efetivamente despendidos para pagamento dos tributos não pode servir de embasamento para que o concessionário seja penalizado com o pagamento dos mesmos, sob pena de sofrer desequilíbrio econômico-financeiro em seu contrato, podendo interferir na adequada prestação do serviço público.”

Como se nota, a Aneel reconhece que as distribuidoras de energia elétrica sempre repercutiram, no valor final cobrado dos usuários, a carga

ADI 7324 / DF

financeira do PIS/COFINS, seja no âmbito do regime cumulativo, seja no âmbito do regime não cumulativo.

É justo, portanto, que haja, em proveito dos usuários, a repercussão da repetição do indébito tributário do PIS/COFINS decorrente da tese firmada para o Tema nº 69.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, acompanho o Relator, Ministro **Alexandre de Moraes**, e julgo improcedente o pedido formulado na ação direta, declarando constitucional a Lei nº 14.385/22, que atribui à agência reguladora a competência para promover, de ofício, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica em razão de recolhimento a maior, desde que: i) se aplique o prazo decenal de prescrição; e ii) do repasse integral previsto na Lei nº 14.385/22 sejam excluídos pela ANEEL os tributos e os custos específicos suportados pelas concessionárias para fins de obter a repetição de indébito tributário.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S) : ABRADÉE - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA

ADV.(A/S) : MARCELO MONTALVAO MACHADO (34391/DF, 31755-A/PA, 4187/SE, 357553/SP)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL

ADV.(A/S) : BRENO RIGHI (110378/MG)

ADV.(A/S) : MATEUS FERNANDES VILELA LIMA (36455/DF)

ADV.(A/S) : FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA (40645/BA, 31546/DF)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE COMUNICAÇÃO E EDUCAÇÃO EM DEFESA DOS CONSUMIDORES E INVESTIDORES - (ICDESCA)

ADV.(A/S) : ERLINAEI DA SILVA TEIXEIRA (19855/MA)

AM. CURIAE. : AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL

ADV.(A/S) : FÁBIA MARA FELIPE BELEZI

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE GÁS CANALIZADO - ABEGÁS

ADV.(A/S) : ERICK DE PAULA CARMO (86712/MG)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GRANDES CONSUMIDORES

INDUSTRIAIS DE ENERGIA E DE CONSUMIDORES LIVRES ; ABRACE

ADV.(A/S) : SEBASTIAO BOTTO DE BARROS TOJAL (66905/SP)

Decisão: Após o voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), que julgava improcedente o pedido formulado na ação direta, o processo foi destacado pelo Ministro Luiz Fux. Falaram: pela requerente, o Dr. Cairo Trevia Chagas; pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Raphael Ramos Monteiro de Souza, Advogado da União; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres - ABRACE, a Dra. Renata Rocha Villela; e, pelo *amicus curiae* Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Gás Canalizado - ABEGÁS, o Dr. Marcus Livio Gomes. Plenário, Sessão Virtual de 10.11.2023 a 20.11.2023.

Decisão: Após o voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), que julgava improcedente o pedido formulado na ação direta, declarando constitucional a Lei nº 14.385/2022, que atribui à agência reguladora a competência para promover, de ofício, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica em razão de recolhimento a

maior, desde que: i) aplique-se o prazo decenal de prescrição; e ii) do repasse integral previsto na Lei nº 14.385/2022 sejam excluídos pela ANEEL os tributos e custos específicos suportados pelas concessionárias para fins de obter a repetição de indébito tributário; do voto do Ministro Luiz Fux, que reconhecia a constitucionalidade da lei, mas propunha uma interpretação conforme no tocante à restituição integral, permitindo a dedução das despesas diretas e indiretas, entendendo pela aplicação do prazo quinquenal de prescrição, no que foi acompanhado pelo Ministro André Mendonça; do voto do Ministro Flávio Dino, que acompanhava o Relator no sentido da improcedência da ação, mas não reconhecia a ocorrência de prescrição e, caso vencido nesse ponto, aplicava o prazo prescricional decenal; e dos votos dos Ministros Cristiano Zanin e Nunes Marques, que reconheciam a constitucionalidade da lei, propondo uma interpretação conforme nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, mas aplicavam o prazo decenal de prescrição, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Aguardam os demais Ministros. Falaram: pela requerente, o Dr. Alexander Andrade Leite; pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Raphael Ramos Monteiro de Souza, Advogado da União; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Gás Canalizado - ABEGÁS, o Dr. Celso Caldas Martins Xavier; e, pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres - ABRACE, a Dra. Renata Rocha Villela. Ausente, justificadamente, o Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente). Presidiu o julgamento o Ministro Edson Fachin (Vice-Presidente). Plenário, 4.9.2024.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Dias Toffoli, que acompanhava o Ministro Alexandre de Moraes (Relator), no sentido de julgar improcedente o pedido formulado na ação direta, declarando constitucional a Lei nº 14.385/2022, que atribui à agência reguladora a competência para promover, de ofício, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica em razão de recolhimento a maior, desde que: i) aplique-se o prazo decenal de prescrição; e ii) do repasse integral previsto na Lei nº 14.385/2022 sejam excluídos pela ANEEL os tributos e custos específicos suportados pelas concessionárias para fins de obter a repetição de indébito tributário, pediu vista dos autos o Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente). Plenário, Sessão Virtual de 22.11.2024 a 29.11.2024.

Composição: Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente), Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça, Cristiano

Zanin e Flávio Dino.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

14/08/2025**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL****ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - O Relator, Ministro Alexandre de Moraes, julgou improcedente o pedido, declarando constitucional a lei e, também, do repasse integral previsto na Lei nº 14.385, sendo excluídos os tributos e custos específicos suportados pelas concessionárias, para fim de obter a repetição de indébito. Foi acompanhado pelo Ministro Dias Toffoli e pelo Ministro Flávio Dino, o qual, em deferência ao Colegiado, aderiu ao entendimento pela prescrição decenal, como regra geral do Código Civil, art. 205, por entender não se tratar de hipótese de relação tributária.

O Ministro Luiz Fux abriu divergência parcial, declarando a constitucionalidade da lei. Todavia, propôs interpretação conforme a Constituição no tocante à restituição integral, para permitir a dedução de despesas diretas e indiretas, bem como determinou a aplicação do prazo quinquenal de prescrição para a destinação do indébito tributário recuperado pelas distribuidoras nas revisões tarifárias de competência da ANEEL. Foi acompanhado, o Ministro Fux, pelo Ministro André Mendonça e, parcialmente, pelo Ministro Cristiano Zanin e pelo Ministro Nunes Marques, os quais reconheceram a constitucionalidade da lei questionada mediante interpretação conforme, mas aplicavam o prazo decenal.

Portanto, a divergência do Ministro Luiz Fux é quanto ao prazo, em vez de decenal, quinquenal. E o Ministro-Relator julgou improcedente repasse integral, excluídos os tributos e custos específicos. Mas os custos incluem os honorários. O que seriam as diferenças? Qual seria a diferença?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR)

- Presidente, a questão importante é a prescrição. O restante, na verdade, é uma diferença de redação, mas, no fundo, é a mesma coisa, a exclusão. A diferença mesmo é a prescrição decenal, que eu votei, como Relator; o

ADI 7324 / DF

Ministro Flávio Dino não reconhece, mas acompanha a decenal, se ficar vencido; o Ministro Zanin votou decenal; Ministro Nunes Marques e Ministro Toffoli - cinco votos; enquanto o Ministro Fux e o Ministro André votaram pela quinquenal. O restante é só a diferença de redação, realmente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - É só porque, se eu bem entendi, Vossa Excelência falou em restituição integral, deduzidos tributos e honorários. Essa é a posição do Ministro Fux também? O Ministro Fux falou custos diretos e indiretos, e é essa a minha dúvida.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - É isso. Esse é o ponto. Porque há uma questão contábil, Senhor Presidente, se me permite. O custo direto é aquele decorrente do próprio pagamento na atividade; e há outros custos indiretos: de contratação de escritórios, deslocamentos, contratação de pareceres, de *experts* na área. Então, esses custos indiretos - eu até que trouxe, salvo melhor juízo, na última sessão, essa abordagem; fiz, salvo engano, até a indagação ao Ministro-Relator, Ministro Alexandre -, e, do que depreendi, havia, de fato, uma busca de convergência em relação a essas questões.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Exato, porque na questão, no tópico específico, seria abatimento de custos. O que eu propus foi exclusão de tributos e custos específicos suportados pelas concessionárias. O Ministro André trouxe, a partir do Ministro Fux, essa questão de despesas diretas e indiretas. E nos debates, isso estaria incluído nos custos específicos, desde que devidamente comprovados. Foi a única questão que nós colocávamos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu acho que deveríamos deixar claro o que admitimos como custos que podem ser deduzidos, que eu sugeriria que fossem tributos e honorários.

Eu acho que, se incluirmos pareceres, deslocamento, passagem de avião, vai ficar uma complexidade imensa.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Por isso que na

ADI 7324 / DF

nomenclatura contábil "custos diretos e indiretos" já há toda uma ciência, vamos dizer assim, no âmbito da contabilidade, para a consideração disso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Se dissermos "honorários e tributos", acho que fica bem claro.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Mas, Presidente, isto também foi discutido: desde que devidamente já contabilizados. Essa foi uma discussão. Para que agora, vamos dizer, não surjam novos custos. O que realmente foi contabilizado como custo específico para isso, seja direto ou indireto, é facilmente verificado, para que, a partir de agora, não comecem a aparecer pareceres, custos, mais custas.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - A ponderação de Vossa Excelência me parece justa no sentido de que nossa busca é sempre de encerrar a litigiosidade. Se fica muito aberto, vai-se abrir outra controvérsia. Na assentada anterior, discutimos se isso não seria regulamentado pela agência reguladora. Discutimos isto: "Ah, vamos remeter à agência", que parece ser um bom caminho. Sabemos que isso vai virar outra ação judicial depois que a agência reguladora decidir, porque há uma crítica ao Judiciário de que não aceitamos as decisões das agências, mas quem impugna as decisões das agências são os regulados pelas agências. Todos nós sabemos disso.

Mas creio que são duas saídas razoáveis. O que creio é que não podemos deixar excessivamente aberto. Ou de duas, uma: fazemos, que é o caminho ao qual adiro, o que o Presidente disse, especificar, mesmo que isso demande algum exercício aqui ou alhures; ou dizer "custos diretos, indiretos ou custos específicos, no termo da regulação da agência" etc. Porque, se deixar apenas o conceito jurídico indeterminado, sem saber quem vai especificar, acho que é um resultado ruim.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Porque acho que o tributo é só demonstrar, exhibir a guia, e honorários é só mostrar a nota fiscal. Então, simplifica a vida.

ADI 7324 / DF

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR)

- Sim, porque, presidente, o Ministro André colocou que isso é uma questão contábil, realmente. Então, se na contabilidade da empresa estiver que o custo é ligado a isso, é diferente se tiver, por exemplo, custos com passagem aérea geral, e agora vier e falar "mas tanto foi gasto por causa disso". Aí, não.

O que realmente tiver comprovação, como tributos e custos relacionados à causa, acho que não há dificuldade, porque é olhando para trás. Mas também não discordo de colocar honorários.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Também não, Presidente.

Só para esclarecimento, eu sempre considerava - e aí até na avaliação dos acordos de leniência - que tributos seriam custos diretos, mas, na verdade, são custos indiretos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Acho que a terminologia direta e indireta, ainda que possa ser consolidada em contabilidade, não é fora dos iniciados na contabilidade. Ao passo que tributo.... Eu sei bem o que é e honorários, eu sei bem o que é. Aliás, sabia. Já não sei há muito tempo.

14/08/2025**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu estou acompanhando a posição do prazo decenal, porque acho que não é uma relação tributária e, portanto, estou aplicando o prazo geral do Código Civil. Mas aqui eu considero muito importante enfatizar o marco inicial da contagem desses 10 anos. E aí, eu acho que o marco inicial deve ser o efetivo recebimento da repetição de indébito, o valor repetido pela distribuidora, ou a data em que foi homologada a compensação que ela tenha feito, porque é a partir daí que entrou no caixa dela o proveito, que não cabe a ela reter.

Portanto, eu estou acompanhando o eminente Relator, pedindo vênha aos que entendem que o prazo é de 5 anos, porque acho que aqui não é uma relação tributária, não é disso que se trata. Eu aplico o prazo geral do Código Civil de 10 anos. Mas, ao aplicar 10 anos, a gente tem que estabelecer, contado a partir do quê? E o "enriquecimento sem causa" se deu no momento em que o dinheiro entrou, então, ou o da repetição ou o da compensação.

De modo que eu acompanho o Relator, propondo a especificação de que pode descontar tributos e honorários e fixando o termo inicial da contagem no momento do recebimento da repetição de indébito, ou da homologação da compensação.

14/08/2025

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL

VOTO-VISTA:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 14.835/2022. DEVOLUÇÃO DE VALORES DE TRIBUTOS RECOLHIDOS A MAIOR PELAS PRESTADORAS DO SERVIÇO PÚBLICO DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA.

I. CASO EM EXAME

1. Ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei nº 14.385/2022, que estabelece a destinação, em favor dos usuários do serviço público de distribuição de energia elétrica, dos valores de tributos recolhidos indevidamente pelas concessionárias (embutidos no preço da tarifa) e posteriormente restituídos a elas pelo Fisco. Tais valores abrangem, notadamente, os decorrentes da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/Cofins (Tema 69 da Repercussão Geral).

2. A norma prevê que a reversão de tais valores em proveito dos usuários se dê por meio do processo tarifário – isto é, o processo pelo qual a Aneel fixa o valor das tarifas de energia elétrica –, devendo observar critérios equitativos a serem fixados pela agência, além das disposições contratuais e regulatórias aplicáveis.

ADI 7324 / DF

3. A requerente sustenta ofensa à reserva de lei complementar (art. 146, III, CF), à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito, ao direito de propriedade e aos princípios da segurança jurídica e da equidade. Pede a declaração de inconstitucionalidade da lei ou, subsidiariamente, a vedação da sua aplicação retroativa, de modo a resguardar as restituições tributárias acobertadas por decisões judiciais transitadas em julgado.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

4. Discute-se (i) a necessidade de lei complementar para disciplinar os efeitos da repetição de indébito tributário sobre a política tarifária em concessões de serviço público; (ii) eventual violação a normas constitucionais materiais, em especial ao direito de propriedade; e (iii) a definição de limites temporais para aplicação da Lei nº 14.385/2022, à luz da segurança jurídica.

III. RAZÕES DE DECIDIR

5. *Aspecto formal.* Como afirmado no voto do relator, a norma impugnada não disciplina aspectos da relação jurídico-tributária. Cuida, sim, de matéria regulatória, voltada à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, em razão da restituição de tributos considerados na definição original da tarifa. Não se exige, portanto, lei complementar para sua edição.

6. *Aspecto material.* Ao prever que os valores restituídos a título de indébito tributário

ADI 7324 / DF

sejam revertidos aos usuários do serviço pela via tarifária, a lei visa apenas a compensar os encargos suportados por eles quando da fixação original da tarifa. Evita-se, com isso, o enriquecimento sem causa das concessionárias. Inexiste, pois, violação ao direito de propriedade.

6.1. Embora a lei preveja a destinação *integral* dos valores restituídos em proveito dos usuários do serviço, deve-se admitir a dedução dos tributos incidentes sobre a restituição, bem como dos honorários específicos despendidos pelas concessionárias para o fim de obter a repetição do indébito.

7. *Aplicação temporal da norma.* Como regra geral, a prerrogativa do poder concedente de promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato pode ser exercida a qualquer tempo durante o prazo de vigência do contrato. Ainda assim, a exigência de previsibilidade e segurança jurídica justifica a fixação de um prazo máximo para a destinação dos valores de indébito restituídos em favor dos usuários do serviço.

7.1. *O prazo.* O Plenário debateu dois parâmetros possíveis para a definição desse prazo: o prazo decenal previsto no art. 205 do CC e o prazo quinquenal do art. 174 do CTN. Considerando que a disciplina da Lei nº 14.385/2022 não tem natureza tributária, adota-se o prazo geral de 10 anos como

ADI 7324 / DF

limite máximo para aplicação da norma.

7.2. *O marco inicial.* As distribuidoras sustentam que o prazo deve correr da data do fato gerador do tributo indevido. Com base nessa lógica, apenas os valores restituídos que tenham origem em fatos geradores ocorridos até dez anos antes do processo tarifário em que se pretenda efetivar a destinação poderiam ser legitimamente revertidos aos usuários do serviço.

7.3. Tal interpretação, contudo, implicaria exigir da Aneel a adoção de providências antes mesmo da existência do crédito em favor das concessionárias – isto é, antes da configuração de qualquer desequilíbrio econômico-financeiro no contrato de concessão. Essa exigência contraria a lógica jurídica e compromete a coerência do regime regulatório. A própria Lei nº 14.385/2022 condiciona a destinação de valores à apresentação, pelas distribuidoras, de requerimento formal do crédito – previamente reconhecido, judicial ou administrativamente – à Receita Federal (art. 3º, § 8º, III). Na data do fato gerador, sequer era possível antever a existência de valor a ser restituído no futuro.

7.4. Tal discussão tem impacto especial nas restituições vinculadas ao Tema 69 da Repercussão Geral (exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/Cofins). No que se refere a essa controvérsia tributária, há

ADI 7324 / DF

registro de ações de repetição de indébito propostas por distribuidoras de energia elétrica desde 2001. No entanto, a solução definitiva da matéria só sobreveio com o julgamento de mérito do Tema 69 da repercussão geral pelo STF, em 15.03.2017 – ou, com mais rigor, com o julgamento dos embargos de declaração, em 13.05.2021, quando foram modulados os efeitos da decisão de mérito.

7.5. A adoção do marco inicial pretendido pelas distribuidoras impede a reversão à modicidade tarifária de grande parte dos valores que a lei pretendia destinar aos usuários do serviço e poderia, inclusive, justificar aumentos tarifários indevidos.

7.6. Com efeito, considerando que a maior parte das restituições de indébito decorrentes do Tema 69 da RG já foi destinada aos usuários do serviço nos processos tarifários ocorridos desde a edição da lei impugnada, a contagem do prazo a partir dos fatos geradores de indébitos conduziria à necessidade de devolver valores às distribuidoras, por meio do aumento da tarifa de energia.

7.7. Em estudo apresentado ao Tribunal, a Aneel estima que a contagem do prazo a partir da data de propositura das ações de repetição de indébito – marco posterior ao fato gerador do indébito – geraria elevação média de 18,6% ou de 9,6% nas tarifas de energia elétrica, conforme se trate de prazo

ADI 7324 / DF

quinquenal ou decenal. Consequentemente, tal interpretação teria impacto considerável no índice oficial de inflação (IPCA).

7.8. Por todo o exposto, a forma mais acertada de contagem do prazo é aquela que adota como marco inicial a data da efetiva restituição do indébito às distribuidoras ou da homologação definitiva da compensação por elas realizada – caso seja este o meio de ressarcimento escolhido.

IV. DISPOSITIVO

8. Pedido parcialmente procedente, para dar interpretação conforme à Lei nº 14.385/2022 de modo a definir que a destinação dos valores de indébitos tributários restituídos (i) permita a dedução dos tributos incidentes sobre a restituição, bem como dos honorários específicos despendidos pelas concessionárias para o fim de obter a repetição do indébito; e (ii) observe prazo de 10 anos, contados da data da efetiva restituição do indébito às distribuidoras ou da homologação definitiva da compensação por elas realizada.

Dispositivos relevantes citados: Constituição Federal, art. 146 e art. 175, parágrafo único, III; Lei nº 14.385, 2022, arts. 1º e 2º; Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional), arts. 168 e 174; Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), art. 189.

Jurisprudência relevante citada: STJ, Primeira

ADI 7324 / DF

Seção, REsp 1.299.303, Rel.^a Min.^a Assusete Magalhães, j. em 08.08.2012; STJ, Segunda Turma, AgInt no REsp 2059890, Rel. Min. Teodoro Silva Santos, j. em 29.04.2024.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Brasileira de Distribuidoras de Energia Elétrica – ABRADEE contra a Lei nº 14.385/2022, que altera a Lei nº 9.427/1996, para disciplinar a devolução de valores de tributos recolhidos a maior pelas prestadoras do serviço público de distribuição de energia elétrica. O teor da lei impugnada é o seguinte:

Art. 1º A Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º

XXII - promover, de ofício, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica em razão de recolhimento a maior, por ocasião de alterações normativas ou de decisões administrativas ou judiciais que impliquem redução de quaisquer tributos, ressalvados os incidentes sobre a renda e o lucro.

.....

§ 8º Para a destinação de que trata o inciso XXII do **caput** deste artigo, a Aneel deverá estabelecer critérios equitativos, considerar os procedimentos tarifários e as disposições contratuais aplicáveis e observar:

I - as normas e os procedimentos tributários aplicáveis à espécie;

II - as peculiaridades operacionais e processuais relativas a eventuais decisões judiciais ou proferidas por autoridade tributária competente;

III - a destinação integral dos valores do indébito, após

ADI 7324 / DF

apresentação ao órgão fazendário competente de requerimento do crédito a que faz jus, nos termos da legislação de cada ente tributário;

IV - os valores repassados pelas distribuidoras de energia elétrica diretamente aos consumidores em virtude de decisões administrativas ou judiciais; e

V - o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.” (NR)

“Art. 3º-B A Aneel deverá promover, nos processos tarifários, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica relacionados às ações judiciais transitadas em julgado que versam sobre a exclusão do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) da base de cálculo da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Contribuição para o PIS/Pasep) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

§ 1º Para a destinação de que trata o **caput** deste artigo, deverão ser considerados nos processos tarifários:

I - o valor total do crédito utilizado em compensação perante a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, acrescido de juros conforme o § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995;

II - a integralidade dos valores dos créditos requeridos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil a serem compensados até o processo tarifário subsequente, conforme projeção a ser realizada pela Aneel;

III - os tributos incidentes sobre os valores repetidos de que trata o **caput** deste artigo;

IV - os valores repassados pelas distribuidoras de energia elétrica diretamente aos consumidores em virtude de decisões administrativas ou judiciais; e

ADI 7324 / DF

V - a capacidade máxima de compensação dos créditos da distribuidora de energia elétrica.

§ 2º A destinação de que trata o **caput** deste artigo dar-se-á nos processos tarifários anuais, a partir do primeiro processo tarifário subsequente ao requerimento à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

§ 3º Ressalvada a forma de destinação de que trata o inciso II do § 1º deste artigo, a Aneel poderá determinar a antecipação da destinação do crédito ao requerimento à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, desde que:

I - haja anuência da distribuidora de energia elétrica quanto ao valor a ser antecipado;

II - seja a distribuidora de energia elétrica restituída da remuneração referente ao valor antecipado.

§ 4º A remuneração da antecipação de que trata o § 3º deste artigo será definida pela Aneel.

§ 5º O disposto no § 3º deste artigo é aplicado ao crédito ainda não requerido à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, desde que haja anuência da distribuidora de energia elétrica.

§ 6º A Aneel promoverá revisão tarifária extraordinária com vistas a efetuar exclusivamente a destinação de que trata o **caput** referente às decisões judiciais anteriores à entrada em vigor deste artigo.

§ 7º O disposto no § 6º deste artigo aplica-se às distribuidoras de energia elétrica cujos últimos processos tarifários tenham sido homologados a partir de janeiro de 2022.”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

2. A requerente alega violação à reserva de lei complementar (art. 146, III, CF[1]); à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito; ao direito de propriedade; e aos princípios da segurança jurídica e da equidade. Pede a declaração de inconstitucionalidade da lei ou, subsidiariamente, que seja declarada inconstitucional a sua aplicação retroativa de modo a

ADI 7324 / DF

resguardar as restituições tributárias já realizadas.

3. Intimados para prestar informações, o Presidente do Senado Federal e o Presidente da República se manifestam pela constitucionalidade da lei.

4. A Advocacia-Geral da União se manifesta pelo não conhecimento da ação direta e pela improcedência do pedido, nos termos da seguinte ementa:

“Administrativo. Artigo 1º da Lei nº 14.385/2022, que “altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, para disciplinar a devolução de valores de tributos recolhidos a maior pelas prestadoras do serviço público de distribuição de energia elétrica”. Suposta afronta à reserva de lei complementar (artigo 146, inciso III, da Constituição), à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito, ao direito de propriedade, à irretroatividade da lei e aos princípios da segurança jurídica e da equidade. Preliminar. Ausência de impugnação a todo o complexo normativo. Mérito. O diploma questionado não padece de vício formal de constitucionalidade, haja vista que foi editado no regular exercício da competência da União para fixar política tarifária (artigo 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição). Ausência de violação aos preceitos constitucionais invocados, na medida em que os consumidores finais sempre foram os contribuintes de fato das contribuições ao PIS e à COFINS, as quais eram repassadas integralmente às tarifas de energia elétrica pelas concessionárias do serviço público. Legitimidade da atuação da ANEEL em prol da garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e suas repercussões tarifárias, o que inclui impedir a apropriação indébita de valores de titularidade dos consumidores e o enriquecimento sem causa das concessionárias. Manifestação pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido”.

ADI 7324 / DF

5. Da mesma forma, a Procuradoria-Geral da República apresenta parecer pelo não conhecimento da ação direta e pela improcedência do pedido. A seguir:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADMINISTRATIVO. POLÍTICA TARIFÁRIA. LEI 14.385/2022. ALTERAÇÕES NA LEI 9.427/1996 PARA DISCIPLINAR A DEVOLUÇÃO DE VALORES DE TRIBUTOS RECOLHIDOS A MAIOR PELAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA ELÉTRICA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO DO PIS/PASEP E DA COFINS. RE-RG 574.706/PR. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REVERTIDOS EM FAVOR DOS USUÁRIOS/CONSUMIDORES DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. PRELIMINAR AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODO O COMPLEXO NORMATIVO. ART. 9º, § 3º, DA LEI 8.987/1995, QUE JÁ PREVIA A POSSIBILIDADE DA REVISÃO TARIFÁRIA PELA ANEEL. MÉRITO. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. LEI QUE NÃO DISCIPLINA NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. TEMA DE DIREITO ADMINISTRATIVO. ALEGAÇÃO DE OFENSA A COISA JULGADA, AO ATO JURÍDICO PERFEITO E AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA EQUIDADE. INOCORRÊNCIA. CONSUMIDORES QUE SEMPRE FORAM OS VERDADEIROS CONTRIBUINTE DE FATO, ARCANDO COM A INTEGRALIDADE DOS CUSTOS.

1. Não há de ser conhecida ação direta que não impugne a integralidade do complexo normativo pertinente a seu objeto. Precedente.

2. A Lei 14.385/2022, ao determinar o repasse aos usuários de energia elétrica dos valores de tributos recolhidos a maior, não ofendeu o art. 146, III, da Constituição Federal, pois não disciplinou normas gerais de Direito Tributário e sim política tarifária, tema disciplinado pelo Direito Regulatório, área do Direito Administrativo.

ADI 7324 / DF

3. Na regulação do setor elétrico, o contribuinte de fato é o usuário do serviço público, pois é ele que suporta, integralmente, os custos da contribuição do PIS/Pasep e da COFINS repassados pelas distribuidoras à tarifa de energia elétrica.

4. Os titulares dos créditos tributários decorrentes da exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição do PIS/Pasep e da COFINS são os consumidores, e não as distribuidoras de energia elétrica

5. A atribuição, às distribuidoras de energia elétrica, da titularidade dos valores recolhidos a maior dos usuários implica enriquecimento sem causa das concessionárias e permissionárias, visto que estas não suportaram o prejuízo patrimonial da tributação a maior. — Parecer pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido”.

6. O julgamento da ação teve início em 10.11.2023, no Plenário Virtual. Naquela ocasião, o relator, Ministro Alexandre de Moraes votou pela improcedência do pedido, para declarar a constitucionalidade da Lei nº 14.385/2022. No aspecto formal, rejeitou a alegação de ofensa à reserva de lei complementar, ao entender que a norma impugnada não versa sobre aspectos da relação jurídico tributária, mas sim sobre política tarifária, nos termos do art. 175, parágrafo único, III, da Constituição[2]. Destacou que a repercussão de questões tributárias sobre a política tarifária é inerente aos regimes de concessão e permissão – seja para aumentar ou para reduzir as tarifas.

7. No aspecto material, o relator afastou a existência de violação ao direito de propriedade das concessionárias de distribuição de energia elétrica. Assinalou que a norma impugnada não confere ao poder público a possibilidade de expropriar, sem justa causa ou devido processo legal, valores pertencentes às empresas. Ao contrário, ressaltou que a lei estabelece a destinação, em favor dos usuários do serviço público, dos valores recebidos pelas distribuidoras a título de repetição

ADI 7324 / DF

de indébito, uma vez que tais valores foram considerados na composição tarifária à época em que o tributo foi indevidamente recolhido pelas concessionárias. Haveria, portanto, mera recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, providência de competência das agências reguladoras.

8. Por fim, o relator reconheceu, à época, não haver ofensa à regra da irretroatividade das leis. Esclareceu que a norma impugnada apenas se aplica às restituições de indébito ocorridas após a sua vigência, ainda que o pagamento indevido tenha ocorrido em momento anterior. Destacou, ainda, que o poder-dever da Aneel de promover a destinação dos valores em favor dos usuários somente se configura após a efetiva disponibilização dos montantes às distribuidoras, sendo logicamente inviável exigir tal providência antes disso.

9. Em seguida, houve pedido de destaque feito pelo Ministro Luiz Fux.

10. O julgamento foi reiniciado em sessão presencial, no dia 04.09.2024. Nessa oportunidade, o relator reiterou o voto anteriormente proferido no Plenário Virtual, com duas importantes ressalvas, apresentadas a título de modulação de efeitos. Primeiramente, passou a admitir a fixação de um prazo *decenal* para que a Aneel promova a destinação integral dos valores restituídos às distribuidoras de energia elétrica. Em segundo lugar, autorizou a dedução dos tributos e dos custos suportados pelas concessionárias para obtenção da repetição de indébito, tais como despesas processuais e honorários advocatícios, conforme regulamentação a ser expedida pela Aneel. Esclareceu, contudo, que apenas seriam dedutíveis os gastos adicionais especificamente vinculados à propositura da ação de repetição, ficando excluídas despesas ordinárias com a estrutura jurídica permanente das empresas.

11. O Ministro Luiz Fux acompanhou o voto do relator quanto

ADI 7324 / DF

à inexistência de vícios formais ou materiais que justificassem a invalidação da norma, mas divergiu para fixar um prazo *quinquenal*, com base nos arts. 168 e 174 do CTN, destinado a restringir os montantes que poderiam ser legitimamente destinados pela Aneel em proveito dos usuários do serviço. Admitiu, ainda, a dedução de custos suportados pelas distribuidoras *direta* ou *indiretamente* relacionados à repetição do indébito. Consignou que tais ressalvas constituiriam aplicação da técnica da interpretação conforme à Constituição.

12. O Ministro Flavio Dino acompanhou integralmente o voto do relator, mas ressaltou sua posição pessoal no sentido de que não houve prescrição alguma na hipótese, uma vez que, nos termos do art. 189 do Código Civil[3], a pretensão de destinar valores à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro só surgiu quando as empresas distribuidoras receberam efetivamente a restituição do indébito ou obtiveram a sua compensação.

13. O Ministro Cristiano Zanin e o Ministro Nunes Marques acompanharam integralmente o voto do relator, apontando, contudo, que suas ressalvas implicariam interpretação conforme à Constituição – e não modulação de efeitos. Já o Ministro André Mendonça acompanhou integralmente o Ministro Luiz Fux. Em seguida, pediu vista o Ministro Dias Toffoli.

14. Com a devolução da vista, o julgamento foi retomado no Plenário virtual, em 29.11.2024. O Ministro Dias Toffoli, então, apresentou voto acompanhando integralmente o relator, para declarar a constitucionalidade da lei, desde que (i) observado o prazo máximo de 10 anos para a destinação dos valores restituídos em favor dos usuários do serviço e (ii) autorizada a exclusão dos tributos e custos específicos suportados pelas distribuidoras. Na mesma sessão, pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia, **em especial quanto à definição do marco inicial do prazo fixado nos votos até então proferidos para o**

ADI 7324 / DF

exercício do poder-dever atribuído à Aneel pela norma impugnada.

15. É o relatório. **Passo a votar.**

16. A presente ação direta de inconstitucionalidade questiona a validade da Lei nº 14.385/2022, que disciplina, no âmbito da regulação do serviço público de distribuição de energia elétrica, a destinação, em favor dos seus usuários, dos valores restituídos às concessionárias a título de indébito tributário. A discussão envolve três eixos fundamentais de análise: (i) a eventual necessidade de edição da disciplina por meio de lei complementar; (ii) a alegada violação ao direito de propriedade e a outras normas constitucionais materiais; e (iii) a aplicação temporal da norma, com ênfase na definição do prazo máximo e do seu marco inicial para o exercício, pela Aneel, do poder-dever de destinar os valores em favor dos usuários. Passo à análise de cada um desses pontos.

17. No que se refere ao primeiro argumento suscitado pela requerente, afasto a alegação de que a matéria estaria reservada à lei complementar nos termos do art. 146, III, da Constituição. A norma impugnada não cuida de disciplinar normas gerais de direito tributário, tampouco versa sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição ou decadência tributária. Trata-se, na verdade, de norma de natureza regulatória, voltada à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão, em razão de variações nos custos inicialmente considerados na estrutura tarifária. A repercussão de temas tributários sobre o regime tarifário não desloca a natureza do objeto da norma, que continua sendo a política tarifária – matéria típica da legislação ordinária no âmbito do serviço público (art. 175, parágrafo único, III, da CF). Essa foi, corretamente, a conclusão adotada pelo relator e acompanhada pela maioria do Plenário.

18. Também não identifico violação ao direito de propriedade ou a outras normas constitucionais materiais. A Lei nº 14.385/2022 não

ADI 7324 / DF

autoriza qualquer forma de confisco ou transferência arbitrária de recursos pertencentes às concessionárias. O que se estabelece é o dever de repassar aos usuários valores que, embora eventualmente recebidos pelas distribuidoras a título de restituição de tributo, foram originariamente custeados pelos consumidores por meio do pagamento das tarifas. Ao condicionar a reversão desses valores a procedimento regulatório conduzido e regulamentado pela Aneel, a norma apenas reafirma a competência da agência para preservar a modicidade tarifária e coibir o enriquecimento sem causa. O repasse tarifário de tributos que posteriormente se revelam indevidos não gera, para a concessionária, direito autônomo sobre os valores restituídos. Esses montantes integram, por sua natureza, o equilíbrio econômico-financeiro da concessão e devem ser tratados como tal.

19. Por outro lado, ainda que a Lei nº 14.385/2022 utilize a expressão “destinação integral” dos valores restituídos em favor dos usuários, tal previsão deve ser interpretada em conformidade com a realidade econômico-financeira das concessões e com a própria lógica do reequilíbrio contratual. É legítima, portanto, a dedução, antes da reversão tarifária, dos tributos incidentes sobre o montante restituído, bem como dos honorários específicos despendidos pelas concessionárias para o fim de obter a repetição do indébito.

20. Avanço, assim, ao terceiro e mais relevante eixo da controvérsia instaurada durante o julgamento desta ação direta. Trata-se da definição da aplicação temporal da norma impugnada e, em especial, da fixação de prazo, bem como do estabelecimento do marco inicial da sua contagem, para o exercício do poder-dever atribuído à Aneel de promover a destinação tarifária dos valores objeto de repetição de indébito.

21. Convém assinalar, de início, que, como regra geral, a prerrogativa do poder concedente de promover o reequilíbrio econômico-

ADI 7324 / DF

financeiro do contrato de concessão pode ser exercida a qualquer tempo durante a vigência do vínculo contratual. Trata-se de consequência lógica da natureza sinalagmática dos contratos administrativos e da obrigação estatal de preservar, ao longo da execução contratual, a equação econômico-financeira originalmente pactuada. Não há, em princípio, prazo legal de caducidade para o exercício desse poder-dever, especialmente quando se trata de recomposição fundada em fatos supervenientes e de efeitos prolongados, como é o caso da restituição de tributos anteriormente embutidos na tarifa.

22. Ainda assim, reconheço que a fixação de um prazo máximo para o exercício da prerrogativa em questão, por decisão desta Corte, representa medida legítima de cautela, voltada à proteção da segurança jurídica, da previsibilidade regulatória e da estabilidade das relações contratuais. Em situações como a dos autos, em que o fundamento da recomposição contratual se baseia na destinação de valores objeto de repetição de indébito, a ausência de limites temporais poderia ensejar insegurança para usuários, concessionárias e órgãos de controle, além de comprometer a eficácia prática da norma. É nesse contexto que se insere a necessidade de definir, por interpretação conforme à Constituição, um marco temporal razoável para o exercício da competência atribuída à Aneel pela Lei nº 14.385/2022.

23. Quanto a essa questão, já se firmou maioria neste colegiado no sentido de que a atuação da agência reguladora, para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, deve ocorrer dentro de parâmetros temporais que garantam previsibilidade, segurança jurídica e respeito aos princípios da confiança legítima e da boa administração. A norma impugnada não define, expressamente, o prazo para essa atuação. Por essa razão, cabe ao intérprete fixar esse limite, com base na coerência sistêmica do ordenamento.

24. O Plenário desta Corte debateu dois possíveis prazos: o

ADI 7324 / DF

prazo decenal previsto no art. 205 do Código Civil e o prazo quinquenal dos arts. 168 e 174 do Código Tributário Nacional. Considerando que a Lei nº 14.385/2022 não possui natureza tributária – como já se demonstrou –, entendo ser correta a adoção do prazo geral de dez anos para o exercício da prerrogativa regulatória em questão. A destinação dos valores aos usuários é manifestação do poder-dever atribuído ao ente concedente de reequilibrar o contrato de concessão, não se confundindo com ação de repetição de indébito, nem com pretensão de cobrança do crédito tributário. Aplica-se, portanto, o prazo civil geral, na forma do art. 205 do Código Civil.

25. Mais complexa é a definição do marco inicial para a contagem desse prazo. As distribuidoras de energia elétrica sustentam que a contagem deve ter início na data do fato gerador do tributo posteriormente declarado indevido. Com base nessa lógica, apenas os valores restituídos que tenham origem em fatos geradores ocorridos até dez anos antes do processo tarifário em que se pretenda efetivar a destinação poderiam ser legitimamente revertidos aos usuários do serviço.

26. Essa interpretação, contudo, não se sustenta. Exigir da Aneel a adoção de providências regulatórias desde o momento da ocorrência dos fatos geradores do tributo – antes, portanto, do reconhecimento do direito à sua restituição – implica inverter a lógica do regime de concessão. O poder-dever de realizar o reequilíbrio econômico-financeiro pressupõe a existência de um evento que modifique os custos originalmente considerados, e não a simples possibilidade de que, no futuro, algum valor venha a ser restituído à concessionária.

27. A própria Lei nº 14.385/2022 condiciona a atuação da Aneel à apresentação, pelas distribuidoras, de requerimento formal de reconhecimento do crédito – previamente e reconhecido, judicial ou administrativamente – junto à Receita Federal (art. 3º, § 8º, III). É só a

ADI 7324 / DF

partir desse momento – ou, de forma mais precisa, a partir da efetiva restituição dos valores ou da homologação da compensação – que se instaura a possibilidade de atuação regulatória. Antes disso, inexistente pressuposto fático ou jurídico apto a deflagrar o dever da Aneel de intervir na definição das tarifas com o fim de destinar valores aos usuários do serviço.

28. Não se pode, tampouco, sustentar que eventual inércia dos consumidores finais em propor ações individuais de repetição de indébito relativas ao PIS/Cofins recolhido a maior justificaria a contagem do prazo prescricional antes da configuração do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Em primeiro lugar, tal argumento parte da premissa equivocada de que a Lei nº 14.385/2022 cuida de um direito subjetivo do consumidor de reaver valores individualmente pagos. Não é disso que se trata. Como afirmado anteriormente, a norma impugnada disciplina o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, prerrogativa do poder concedente, com efeitos na modicidade tarifária, e não a restituição individual de valores ao consumidor final.

29. Em segundo lugar, os consumidores finais sequer possuem legitimidade ativa para pleitear a restituição de valores relativos ao PIS/Cofins recolhidos indevidamente em razão da inclusão do ICMS na base de cálculo. Embora o Tema Repetitivo 537 do STJ[4] reconheça, em caráter excepcional, a legitimidade do consumidor final para postular a repetição do ICMS incidente sobre a demanda contratada e não utilizada, tal entendimento aplica-se apenas ao ICMS, tributo indireto, e não ao PIS/Cofins, tributo direto cuja repercussão econômica não autoriza o consumidor a propor ação de repetição. É o que afirma a jurisprudência pacífica do próprio STJ:

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL.
PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. ENERGIA
ELÉTRICA. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRIBUINTE

ADI 7324 / DF

DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RESP N. 1.299.303/SC. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Conforme o entendimento firmado nesta Corte, ‘os contribuintes de fato, a despeito de suportarem a exação sob a forma de substituição tributária, não detêm legitimidade para ajuizar ações que visem a discutir a exigência fiscal de recolhimento de tributos incidentes sobre o faturamento, como é o caso do PIS e da COFINS’ (AgInt no REsp n. 2.066.724/SC, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 21/8/2023, DJe de 23/8/2023).

2. Ressalta-se que ‘o REsp n. 1.299.303/SC, apresentado como paradigma, trata da legitimação excepcional do contribuinte de fato para os casos em que “se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada”’ (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.932.893/RN, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 5/4/2022), o que, notoriamente, não é o caso dos presentes autos.

3 . Agravo interno desprovido”[5].

30. A controvérsia em torno da definição do marco inicial do prazo ganha especial relevância no contexto das restituições tributárias vinculadas ao Tema 69 da Repercussão Geral. Nesse julgamento, o Plenário do STF firmou a tese de que “o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS” (RE 574.706, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia). O mérito foi julgado em 15.03.2017, e os efeitos da decisão foram modulados no julgamento dos embargos de declaração, em 13.05.2021, de forma a restringir a repetição de indébito aos pagamentos realizados a partir de 15.03.2017, ressalvadas as ações judiciais protocoladas até essa data.

31. A decisão teve impacto direto no setor elétrico, dada a sistemática inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins incidente

ADI 7324 / DF

sobre as tarifas de energia elétrica. A partir desse julgamento, diversas distribuidoras obtiveram restituição ou compensação dos valores recolhidos a maior. Ocorre que esses valores já haviam sido repassados ao consumidor final no momento da fixação da tarifa, razão pela qual a Lei nº 14.385/2022 determinou sua devolução, por meio do processo tarifário, em favor dos usuários do serviço. O art. 3º-B da Lei nº 9.427/1996, incluído pela Lei nº 14.385/2022, dispõe o seguinte:

“Art. 3º-B A Aneel deverá promover, nos processos tarifários, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos **valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica relacionados às ações judiciais transitadas em julgado que versam sobre a exclusão do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) da base de cálculo da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Contribuição para o PIS/Pasep) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins).**”

§ 1º Para a destinação de que trata o *caput* deste artigo, deverão ser considerados nos processos tarifários:

I - o valor total do crédito utilizado em compensação perante a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, acrescido de juros conforme o § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995;

II - a integralidade dos valores dos créditos requeridos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil a serem compensados até o processo tarifário subsequente, conforme projeção a ser realizada pela Aneel;

III - os tributos incidentes sobre os valores repetidos de que trata o *caput* deste artigo;

IV - os valores repassados pelas distribuidoras de energia elétrica diretamente aos consumidores em virtude de decisões

ADI 7324 / DF

administrativas ou judiciais; e

V - a capacidade máxima de compensação dos créditos da distribuidora de energia elétrica.

§ 2º A destinação de que trata o *caput* deste artigo dar-se-á nos processos tarifários anuais, a partir do primeiro processo tarifário subsequente ao requerimento à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

§ 3º Ressalvada a forma de destinação de que trata o inciso II do § 1º deste artigo, a Aneel poderá determinar a antecipação da destinação do crédito ao requerimento à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, desde que:

I - haja anuência da distribuidora de energia elétrica quanto ao valor a ser antecipado;

II - seja a distribuidora de energia elétrica restituída da remuneração referente ao valor antecipado.

§ 4º A remuneração da antecipação de que trata o § 3º deste artigo será definida pela Aneel.

§ 5º O disposto no § 3º deste artigo é aplicado ao crédito ainda não requerido à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, desde que haja anuência da distribuidora de energia elétrica.

§ 6º A Aneel promoverá revisão tarifária extraordinária com vistas a efetuar exclusivamente a destinação de que trata o **caput** referente às decisões judiciais anteriores à entrada em vigor deste artigo.

§ 7º O disposto no § 6º deste artigo aplica-se às distribuidoras de energia elétrica cujos últimos processos tarifários tenham sido homologados a partir de janeiro de 2022.”

32. Há registro de ações de repetição de indébito ajuizadas por distribuidoras de energia elétrica sobre essa matéria desde 2001, o que significa que, em alguns casos, a restituição remonta a fatos geradores de tributo ocorridos a partir de 1996. Segundo informações prestadas pela Advocacia-Geral da União, das 51 distribuidoras de energia elétrica que atuam no país, 20 já concluíram o processo de reversão dos valores em

ADI 7324 / DF

proveito dos usuários nos processos tarifários, tendo sido destinados à modicidade tarifária cerca de R\$ 60,7 bilhões (valores atualizados pela Selic). Outras 5 distribuidoras não possuem créditos a destinar; e, para as 26 restantes, subsiste um saldo de R\$ 16,3 bilhões (valores atualizados pela Selic) a ser revertido nos futuros processos tarifários.

33. Nesse cenário, a definição do marco inicial para a contagem do prazo prescricional assume relevância decisiva no que concerne às restituições de indébito vinculadas ao Tema 69 da Repercussão Geral (exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/Cofins). Dependendo do momento considerado como termo inicial do prazo – p. ex.: a data do fato gerador; a propositura da ação de repetição de indébito; a efetiva disponibilidade dos valores restituídos ou a homologação da compensação –, haverá variação significativa nos montantes passíveis de reversão aos consumidores. Trata-se, portanto, de escolha interpretativa com repercussões econômicas, sociais e regulatórias expressivas, com impacto direto no valor das tarifas de energia elétrica.

34. A análise dessa controvérsia à luz do contexto oferecido pelo Tema 69 evidencia que, além de juridicamente inadequada, a interpretação que adota o fato gerador como marco inicial para a contagem do prazo prescricional produz efeitos práticos indesejáveis. Como já assinalado, grande parte dos valores restituídos às concessionárias já foi revertida aos usuários nos ciclos tarifários mais recentes. A contagem do prazo na forma defendida pelas distribuidoras poderia ensejar a necessidade de devolução de parte desses valores às concessionárias, com elevação das tarifas de energia elétrica e consequente impacto inflacionário.

35. Em estudo apresentado ao Tribunal, a Aneel estima que a contagem do prazo a partir da data de propositura das ações de repetição de indébito acarretaria aumento médio de 18,6% ou de 9,6% nas tarifas de energia elétrica, conforme se trate de prazo quinquenal ou decenal[6].

ADI 7324 / DF

Isso porque a eventual constatação de que o prazo já se esgotou, além de impedir reversão aos consumidores do saldo remanescente ainda não destinado, também demandaria a devolução às distribuidoras de energia de parte do valor já revertido pela via tarifária.

36. Caso se confirme essa estimativa, a decisão implicaria impacto relevante no índice oficial de inflação (IPCA). Estaria, então, configurado cenário em que a fixação, por esta Corte, de um prazo máximo para a aplicação da Lei nº 14.385/2022 resultaria na elevação das tarifas de energia elétrica – em sentido contrário ao comando da própria norma. Tudo em razão da adoção do marco inicial para contagem do prazo na data de ocorrência do fato gerador do tributo indevidamente cobrado.

37. Por todas essas razões, a forma mais adequada e coerente de contagem do prazo é aquela que tem início na data da efetiva restituição dos valores às concessionárias, ou da homologação da compensação por elas realizada – caso seja este o meio de ressarcimento escolhido.

38. Diante do exposto, **julgo parcialmente procedente o pedido** inicial, para conferir interpretação conforme à Lei nº 14.385/2022 de modo a estabelecer que: (i) devem ser admitidas, nos termos da regulamentação a ser editada pela Aneel, as deduções relativas aos tributos incidentes e aos honorários específicos despendidos pelas concessionárias para o fim de obter a repetição do indébito; (ii) a destinação, em favor dos usuários do serviço público de distribuição de energia elétrica, dos valores restituídos às concessionárias a título de indébito tributário, deve observar o prazo de 10 anos, contados da data da efetiva restituição do indébito às distribuidoras ou da homologação definitiva da compensação por elas realizada.

39. É como voto.

ADI 7324 / DF

Notas:

[1] CF/88, art. 146: “Cabe à lei complementar: [...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas, inclusive em relação aos tributos previstos nos arts. 156-A e 195, V; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 132, de 2023)

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso dos impostos previstos nos arts. 155, II, e 156-A, das contribuições sociais previstas no art. 195, I e V, e § 12 e da contribuição a que se refere o art. 239. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 132, de 2023)”.

[2] CF/88, art. 175: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre: [...]

III - política tarifária”.

[3] CC, art. 189: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

[4] “RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA “CONTRATADA E NÃO

ADI 7324 / DF

UTILIZADA". LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. – Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada. – O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica ao casos de fornecimento de energia elétrica. Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil” (STJ, Primeira Seção, REsp 1.299.303, Rel.^a Min.^a Assusete Magalhães, j. em 08.08.2012).

[5] STJ, Segunda Turma, AgInt no REsp 2.059.890, Rel. Min. Teodoro Silva Santos, j. em 29.04.2024. No mesmo sentido, v. STJ, Segunda Turma, AgInt no REsp n. 2.066.724, Rel. Min. Francisco Falcão, j. em em 21.08.2023: “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que os contribuintes de fato, a despeito de suportarem a exação sob a forma de substituição tributária, não detêm legitimidade para ajuizar ações que visem a discutir a exigência fiscal de recolhimento de tributos incidentes sobre o faturamento, como é o caso do PIS e da COFINS”.

[6] Trata-se de atualização, feita em memoriais apresentados pela AGU em 11 de junho de 2025, dos cálculos constantes do Memorando Conjunto nº 04/2024 – SFF/STR/ANEEL. Este último documento acompanha memoriais distribuídos pela AGU em 8 de novembro de 2024.

14/08/2025**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL****ADITAMENTO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES – Já vou colocar meu voto, Presidente, com sua permissão, e na pessoa de Vossa Excelência, cumprimento a todos.

Em relação ao termo inicial, vou me posicionar quanto à norma. Se existissem esses critérios tão objetivos e não houvesse claudicância numa situação fática, a norma não seria necessária. Ela veio exatamente trazer estabilidade. O prazo decenal vai englobar todas as hipóteses. E a lei vai ressalvar quem, antes do prazo decenal, estaria litigando em juízo, porque nós já temos uma outra proteção normativa a dispor que aquele que está litigando em juízo individualmente tem cinco anos para trás. Então, estamos criando aqui uma regra geral. A obrigação da agência, para mim – em que pese ter sido dito da tribuna que a ANEEL já possuía mecanismos –, surge com a lei. Então, entendo que o prazo deve ser contado retroativo, o termo inicial, a partir da lei.

Concordo com o decenal e tenho uma dúvida, não querendo revolver a discussão. Quando Vossas Excelências falaram em tributos e honorários, estão a incluir, ou só tributos e honorários?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Pode deduzir o que gastou de honorário.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES – Pode deduzir. O que me preocupou é que nós não temos hoje, no Brasil, uma regra muito clara sobre custos diretos e indiretos, mas temos as Normas Brasileiras de Contabilidade, que classificam de uma forma muito clara, e também a legislação da Lei das Sociedades por Ações. Então, dentro da contabilidade brasileira, está muito claro. Eu gostei muito da expressão "custos diretos e indiretos", porque isso já está definido na contabilidade e abrange as duas hipóteses.

O que se chama de custos diretos é a matéria-prima utilizada, o maquinário, o equipamento, a mão de obra especializada. Aí veja o que é

ADI 7324 / DF

o indireto: a energia. Aí entra o serviço terceirizado, entra o escritório, isso é custo para, ou seja...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Mas não queremos computar isso.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES – Todo aquele custo relacionado com o tributo é um custo, e os honorários são um custo; como qualquer serviço terceirizado, pode vir da limpeza ou da prestação de serviços advocatícios.

A minha preocupação é inserir isso e, eventualmente, dar a entender que estamos a excluir alguma coisa. Eu acho que custos diretos e indiretos seria...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Nós só estamos incluindo tributos e honorários, porque se custos indiretos incluir eletricidade, transporte, limpeza...

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES – Inclui também honorários.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Mas acho que não conseguimos contabilizar.

14/08/2025

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR)

- Presidente, permita só duas questões.

Nós discutimos, na outra sessão, a questão de honorários. E nós temos que deixar claro, porque grandes empresas já têm um departamento jurídico, esses honorários não são descontados, porque esse departamento jurídico trabalharia normalmente. São honorários diretamente ligados a essa questão, senão vão descontar todos; o contribuinte, o consumidor, que vai pagar o escritório de advocacia durante 10 anos.

E segundo a questão, Presidente, a Ministra Cármen ainda não votou, nem o Ministro Gilmar.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Ouviremos com prazer.

14/08/2025

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Votei acompanhando o prazo decenal.

14/08/2025

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, eu já até me manifestei, mas cumprimento agora retardatariamente Vossa Excelência, os Senhores Ministros, o Procurador-Geral, os Senhores Advogados.

Eu estou, como antecipei, acompanhando a interpretação que fixa no prazo decenal a prescrição. Para mim, conta-se, portanto, a partir da vigência da lei, que é o que o Ministro Nunes Marques... e era o voto inicial do Ministro Alexandre, que não sei se reajustou ou não.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR)

- Não. Se ainda há essa divergência, eu mantenho a lei.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Apenas porque aí começa realmente a obrigação que teria sido...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Mas, Ministra Cármen, diante do esclarecimento do advogado da União de que, para cada distribuidora, vai ser instaurado um procedimento administrativo próprio, é muito singela a determinação de em que momento houve o enriquecimento ilícito.

Se a gente pode determinar o momento em que houve o recebimento indevido, eu acho que esse deve ser o marco temporal, em lugar da lei.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Toda repetição de indébito se baseia em pagamento indevido.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Sim.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Se é feito pagamento indevido, ou recebido indevidamente, é a partir daí.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - É a partir daí.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu acho que até que dá maior segurança se a fixação for feita desse jeito, porque aí havia uma

ADI 7324 / DF

obrigação realmente.

Por isso eu vou manter, com as vênias de quem pensa em contrário, vou manter nesse sentido o meu voto, Presidente.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF.

14/08/2025

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu tinha entendido - desculpe -, que tinha acabado. Só para ter certeza de que corresponde à posição do Relator, salvo o marco temporal.

Nós estamos julgando o pedido parcialmente procedente, dando interpretação conforme a lei, de modo a definir que a destinação dos valores de indébitos tributários restituídos: 1) permita a dedução dos tributos incidentes sobre a restituição, bem como dos honorários dispendidos pelas concessionárias para o fim de obter a repetição do indébito.

Eu acho que aqui, tirando uma ou outra divergência pontual, temos maioria consolidada.

O outro ponto, Ministro Alexandre, que eu tinha entendido que já tínhamos avançado, é que se observe o prazo de 10 anos, contados da data - é a questão -, da efetiva restituição do indébito às distribuidoras ou, como lembrou o Ministro Gilmar, da homologação definitiva da compensação por ela realizada.

Eu tinha interpretado que essa seria a posição prevalecente.

A Ministra Cármen revolve a questão do marco temporal.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR)

- Presidente, se fosse para ser um consenso, eu falei que iria aderir, mas como eu vejo que o Ministro Nunes Marques, a Ministra Cármen e o Ministro Zanin entendem também que, por segurança jurídica, é a lei, eu fico com a lei.

14/08/2025

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES -

Presidente, eu estava colocando quanto à constitucionalidade do § 2º do art. 3º-B, que dispõe sobre o *dies a quo* da revisão tributária, o requerimento de compensação, restituição formulada junto à Secretaria Especial de Receita Federal. E eu estava também adotando o prazo prescricional na linha do voto do Ministro Flávio Dino, em que não há que se falar em prescrição da revisão tarifária promovida pela ANEEL. Então, eu estou adotando essa ideia, ou o prazo decenal.

Eu não estava adotando a interpretação conforme a Constituição para determinar a exclusão dos tributos e custos específicos suportados pelas concessionárias para obter a repetição de indébito tributário, pois esse procedimento já é efetivamente realizado pela ANEEL, razão pela qual a eventual decisão nesse sentido por parte desta Corte poderia representar eventualmente um *bis in idem*. Aqui, temos uma situação, de fato, controvertida. Inicialmente, eu não estava indo pela interpretação conforme, eu estava indo pelo julgamento da

ADI 7324 / DF

improcedência da ação, mas obviamente estou disposto a fazer os ajustes.

O que eu queria pontuar, Presidente, é uma ironia que antecede a toda essa questão. Aqui, esse debate revela o que é muito difícil em termos de direito: a prova aritmética de que o Tribunal errou ao declarar a inconstitucionalidade da incidência do ICMS sobre essa questão. Errou! Como nós temos outras causas em andamento, então é bom que nós estejamos advertidos. Porque aqui, nos serviços regulados, ainda há a possibilidade da devolução. Em outros casos, houve, de fato, enriquecimento ilícito de quem entrou com a ação, porque, obviamente, não havia como devolver, seguir o art. 166 do CTN. Daí a cautela com que temos que manejar esse tipo de questão.

Também estou tranquilo porque votei vencido. Mas aqui é a prova aritmética de que a decisão - e eu até falei sobre isso à época - de que a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS se deu para fazer uma base de cálculo mais alargada e, portanto, diminuir a alíquota. Claro que, diante da necessidade - e isso certamente se fez -, no momento em que se faz a exclusão do ICMS, amplia-se a alíquota para atender as despesas com seguridade. De modo que até o Tribunal poderia

ADI 7324 / DF

fazer uma decisão de apelo, dizer: "considero que, tecnicamente, se deva fazer essa exclusão para frente". E claro que a resposta do legislador seria: "vou elevar a alíquota do PIS/COFINS, porque estarei reduzindo a base de cálculo". Então, é mais ou menos óbvio. Para isso o Professor Everardo Maciel chamou a atenção, talvez ele seja até um dos autores dessa lei, desse projeto de lei lá no passado.

De modo que esse é um caso interessantíssimo em que vemos quase que a prova aritmética - é muito difícil dizer isso - de que aqui nos equivocamos.

Como há outros processos envolvendo essa questão do uso de tributo como base de cálculo de outro tributo, é bom que fiquemos advertidos, porque, do contrário, vamos produzir esse tipo de enriquecimento.

Mas estou disposto, Presidente, a cooperar para que cheguemos a um consenso básico.

14/08/2025

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S)	: ABRADÉE - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA
ADV.(A/S)	: MARCELO MONTALVAO MACHADO
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL
ADV.(A/S)	: BRENO RIGHI
ADV.(A/S)	: MATEUS FERNANDES VILELA LIMA
ADV.(A/S)	: FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE COMUNICAÇÃO E EDUCAÇÃO EM DEFESA DOS CONSUMIDORES E INVESTIDORES - (ICDESCA)
ADV.(A/S)	: ERLINAE L DA SILVA TEIXEIRA
AM. CURIAE.	: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL
ADV.(A/S)	: FÁBIA MARA FELIPE BELEZI
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE GÁS CANALIZADO - ABEGÁS
ADV.(A/S)	: ERICK DE PAULA CARMO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GRANDES CONSUMIDORES INDUSTRIAIS DE ENERGIA E DE CONSUMIDORES LIVRES ; ABRACE
ADV.(A/S)	: SEBASTIAO BOTTO DE BARROS TOJAL

VOTO - VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhor Presidente, senhores Ministros, senhora Ministra Cármen Lúcia, quero registrar que considero a discussão do presente processo extremamente relevante sob a perspectiva de fato de justiça, que vai para além da ideia da Justiça

ADI 7324 / DF

Tributária, abrangendo a justiça em sentido amplo, de devolver pelo que o consumidor foi, de fato, onerado.

Já manifestei, em momento oportuno, as minhas reservas em relação ao julgamento do tema 69 de repercussão geral – a questão da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, entendendo que, naquele momento, tratava-se de técnica de valorização, de redução da alíquota, a fim de ter uma mais ampla base de cálculo.

Quando aquele julgamento ocorreu, houve várias advertências no sentido de que o sistema era prenhe dessas fórmulas, conforme aparece, depois, no caso do ISS. Portanto, daria ensejo a múltiplas distorções e teses filhotes – o que de fato ocorreu. O que se fala desse caso em relação ao tema 69 de repercussão geral é que as compensações já somam mais de 220 bilhões de reais. Portanto, é uma conta para ninguém desprezar.

Como não houve a vedação para que o contribuinte de direito obtivesse a restituição desses tributos indiretos, tal sistemática pode acabar gerando enriquecimento ilícito, especialmente em setores regulados, em que a tarifa é fixada pelo agente regulador.

Então, essa é uma questão que precisa ser refletida de forma bastante séria, para que o consumidor não acabe pagando uma conta que não é dele. E claro que, na primeira oportunidade, devemos nos debruçar sobre essa temática, para não incentivar esse tipo de prática.

Feita essa breve digressão, passo ao voto.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Brasileira das Distribuidoras de Energia Elétrica (ABRADEE), em face da Lei 14.385/2022, que “[a]ltera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, para disciplinar a devolução de valores de tributos recolhidos a maior pelas prestadoras do serviço público de distribuição de energia elétrica”.

Eis o teor dos dispositivos impugnados:

“Art. 1º A Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 3º [...]

ADI 7324 / DF

XXII - promover, de ofício, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica em razão de recolhimento a maior, por ocasião de alterações normativas ou de decisões administrativas ou judiciais que impliquem redução de quaisquer tributos, ressalvados os incidentes sobre a renda e o lucro.

[...]

§ 8º Para a destinação de que trata o inciso XXII do **caput** deste artigo, a Aneel deverá estabelecer critérios equitativos, considerar os procedimentos tarifários e as disposições contratuais aplicáveis e observar:

I - as normas e os procedimentos tributários aplicáveis à espécie;

II - as peculiaridades operacionais e processuais relativas a eventuais decisões judiciais ou proferidas por autoridade tributária competente;

III - a destinação integral dos valores do indébito, após apresentação ao órgão fazendário competente de requerimento do crédito a que faz jus, nos termos da legislação de cada ente tributário;

IV - os valores repassados pelas distribuidoras de energia elétrica diretamente aos consumidores em virtude de decisões administrativas ou judiciais; e

V - o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.' (NR)

'Art. 3º-B A Aneel deverá promover, nos processos tarifários, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica relacionados às ações judiciais transitadas em julgado que versam sobre a exclusão do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) da base de cálculo da Contribuição para os Programas de Integração Social e de

ADI 7324 / DF

Formação do Patrimônio do Servidor Público (Contribuição para o PIS/Pasep) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

§ 1º Para a destinação de que trata o **caput** deste artigo, deverão ser considerados nos processos tarifários:

I - o valor total do crédito utilizado em compensação perante a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, acrescido de juros conforme o § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995;

II - a integralidade dos valores dos créditos requeridos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil a serem compensados até o processo tarifário subsequente, conforme projeção a ser realizada pela Aneel;

III - os tributos incidentes sobre os valores repetidos de que trata o **caput** deste artigo;

IV - os valores repassados pelas distribuidoras de energia elétrica diretamente aos consumidores em virtude de decisões administrativas ou judiciais; e

V - a capacidade máxima de compensação dos créditos da distribuidora de energia elétrica.

§ 2º A destinação de que trata o **caput** deste artigo dar-se-á nos processos tarifários anuais, a partir do primeiro processo tarifário subsequente ao requerimento à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

§ 3º Ressalvada a forma de destinação de que trata o inciso II do § 1º deste artigo, a Aneel poderá determinar a antecipação da destinação do crédito ao requerimento à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, desde que:

I - haja anuência da distribuidora de energia elétrica quanto ao valor a ser antecipado;

II - seja a distribuidora de energia elétrica restituída da remuneração referente ao valor antecipado.

§ 4º A remuneração da antecipação de que trata o § 3º deste artigo será definida pela Aneel.

§ 5º O disposto no § 3º deste artigo é aplicado ao crédito ainda não requerido à Secretaria Especial da Receita Federal do

ADI 7324 / DF

Brasil, desde que haja anuência da distribuidora de energia elétrica.

§ 6º A Aneel promoverá revisão tarifária extraordinária com vistas a efetuar exclusivamente a destinação de que trata o **caput** referente às decisões judiciais anteriores à entrada em vigor deste artigo.

§ 7º O disposto no § 6º deste artigo aplica-se às distribuidoras de energia elétrica cujos últimos processos tarifários tenham sido homologados a partir de janeiro de 2022.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Em breve síntese, o diploma legal impugnado confere à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) a competência para promover, de ofício, a destinação integral, em proveito dos respectivos usuários, dos valores objeto de repetição de indébito assegurada às distribuidoras de energia elétrica em razão de recolhimento a maior, por ocasião de alterações normativas ou de decisões administrativas ou judiciais que impliquem redução de quaisquer tributos, ressalvados os incidentes sobre a renda e o lucro (art. 3º).

Especificamente em relação aos valores de indébitos tributários de PIS/COFINS restituídos como consequência da exclusão do ICMS de suas bases de cálculo – consoante o que restou decidido por esta Corte no tema 69 da repercussão geral – o art. 3º-B determina que referida agência reguladora deverá promover revisão tarifária de modo a proceder à destinação integral em proveito dos consumidores afetados na respectiva área de concessão ou permissão.

Em suas razões, a requerente argumenta que a norma atacada violou os arts. 5º, *caput* e incisos XXII e XXXVI (direito à propriedade, direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito), e 146, inciso III (reserva de lei complementar para dispor sobre normas gerais em matéria de legislação tributária), do texto constitucional.

Sustenta que a temática da titularidade do direito à restituição tributária está inserida no rol de normas gerais e, nessa medida, deve ser

ADI 7324 / DF

disciplinada por lei complementar, nos termos do art. 146, inciso III, da Constituição. Nessa linha, defende que o *“objeto da Lei nº 14.385/2022 – a titularidade do direito à restituição tributária – integra o DNA jurídico da repetição de indébito tributário”*.

Salienta que a regra instituída pela norma impugnada é incompatível com a sistemática da restituição tributária, que expressa um direito a ser exercido individualmente e na exata medida daquilo que foi indevidamente suportado pelo contribuinte de fato. Isso porque os dispositivos em apreço instituem *“modelo de restituição vinculada à tarifação futura, com isso modificando materialmente o produto a ser restituído a cada usuário”*.

Isso acarretaria, segundo a requerente, *“iniquidades tais como a que sucederá com usuários que, no passado (ou seja, no período de incidência indevida do tributo) eram clientes de alto consumo, mas atualmente (no período de aferição do quantum a ser restituído) ou já não figuram como clientes ou apresentam níveis inferiores de consumo”*.

Para além da alegação de inconstitucionalidade formal, aponta que o diploma viola a coisa julgada que atribui a titularidade dos créditos decorrentes de restituição de tributos aos contribuintes de direito, isto é, as distribuidoras de energia elétrica (CF, art. 5º, inciso XXXVI).

Além disso, alega violação ao direito fundamental à propriedade privada, previsto no inciso XXII do art. 5º da Constituição Federal, haja vista que o direito creditório reconhecido judicialmente passa a compor o acervo patrimonial da concessionária de distribuição de energia elétrica, *“pelo que transferir esse elemento patrimonial a outrem, mediante edição de lei ordinária, é verdadeira expropriação, efetuada sem devido processo legal e sem justa causa”*.

Destaca, ademais, que a matéria tratada na Lei 14.385/2022 não está inserida no âmbito de competência reservada à lei para dispor sobre a política tarifária exercida pelo Poder Público (CF, art. 175, parágrafo único, inciso III). Afirma que a Aneel, no exercício de sua competência regulatória, deveria *“tão somente promover a neutralidade tributária na política tarifária, evitando distorções de preço, mas jamais entregar, a outrem,*

ADI 7324 / DF

algo que já pertence a um particular determinado sujeito de Direito”. Nessa senda, a norma teria desbordado do campo da regulação para atingir a disciplina de relações consolidadas entre contribuintes de fato (usuários) e de direito (distribuidoras).

Ressalta, ainda, que a regra afronta a segurança jurídica, ante a ausência de estabilização de situações jurídicas no tempo, eis que inexiste prescrição ou qualquer outro limite temporal. Por fim, assevera haver prejuízos à confiança e à calculabilidade, bem assim aponta a existência de tratamento desigual com os consumidores ao longo do tempo.

A Procuradoria-Geral da República (PGR) manifesta-se pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela improcedência do pedido formulado, em parecer a seguir ementado:

“[...] 1. Não há de ser conhecida ação direta que não impugne a integralidade do complexo normativo pertinente a seu objeto. Precedente.

2. A Lei 14.385/2022, ao determinar o repasse aos usuários de energia elétrica dos valores de tributos recolhidos a maior, não ofendeu o art. 146, III, da Constituição Federal, pois não disciplinou normas gerais de Direito Tributário e sim política tarifária, tema disciplinado pelo Direito Regulatório, área do Direito Administrativo.

3. Na regulação do setor elétrico, o contribuinte de fato é o usuário do serviço público, pois é ele que suporta, integralmente, os custos da contribuição do PIS/Pasep e da COFINS repassados pelas distribuidoras à tarifa de energia elétrica.

4. Os titulares dos créditos tributários decorrentes da exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição do PIS/Pasep e da COFINS são os consumidores, e não as distribuidoras de energia elétrica

5. A atribuição, às distribuidoras de energia elétrica, da titularidade dos valores recolhidos a maior dos usuários implica enriquecimento sem causa das concessionárias e permissionárias, visto que estas não suportaram o prejuízo

ADI 7324 / DF

patrimonial da tributação a maior.

— Parecer pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido.” (eDOC 43)

No mesmo sentido é o posicionamento da Advocacia-Geral da União (AGU); *in verbis*:

“Administrativo. Artigo 1º da Lei nº 14.385/2022, que ‘altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, para disciplinar a devolução de valores de tributos recolhidos a maior pelas prestadoras do serviço público de distribuição de energia elétrica’. Suposta afronta à reserva de lei complementar (artigo 146, inciso III, da Constituição), à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito, ao direito de propriedade, à irretroatividade da lei e aos princípios da segurança jurídica e da equidade. Preliminar. Ausência de impugnação a todo o complexo normativo. Mérito. O diploma questionado não padece de vício formal de constitucionalidade, haja vista que foi editado no regular exercício da competência da União para fixar política tarifária (artigo 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição). Ausência de violação aos preceitos constitucionais invocados, na medida em que os consumidores finais sempre foram os contribuintes de fato das contribuições ao PIS e à COFINS, as quais eram repassadas integralmente às tarifas de energia elétrica pelas concessionárias do serviço público. Legitimidade da atuação da ANEEL em prol da garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e suas repercussões tarifárias, o que inclui impedir a apropriação indébita de valores de titularidade dos consumidores e o enriquecimento sem causa das concessionárias. Manifestação pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido.” (eDOC 24)

É o que cumpre rememorar.

Inicialmente, acompanho o **Ministro Alexandre de Moraes** na

ADI 7324 / DF

superação das preliminares suscitadas, isto é, quanto à (i) legitimidade ativa da ABRADÉE e quanto à (ii) impugnação de todo o complexo normativo.

A seguir, passo diretamente ao enfrentamento do mérito da presente controvérsia.

No mérito, divido minha exposição em duas partes principais. Na primeira, analiso a constitucionalidade dos dispositivos questionados na presente ação. Na segunda, centro minha atenção na prescrição, em especial, no termo inicial do prazo prescricional.

I) DA CONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS

No exame de mérito, verifico que a norma questionada foi editada no estrito exercício da competência constitucionalmente atribuída à União para disciplinar a política tarifária dos serviços públicos concedidos ou permitidos, conforme prevê o art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal.

Trata-se, portanto, de manifestação legítima do poder normativo estatal, inserida no âmbito das atribuições regulatórias do ente federado competente, não havendo afronta aos princípios ou dispositivos constitucionais invocados.

Nesse sentido, trago à baila o seguinte trecho da justificativa apresentada no **Projeto de Lei 1.280/2022**, que deu origem à lei em exame:

“O Supremo Tribunal Federal (STF), em 15 de março de 2017, no julgamento do RE nº 574.706-PR, com repercussão geral (Tema nº 69), decidiu que o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) cobrado das distribuidoras de energia elétrica não deve compor a base de cálculo do PIS/COFINS.

A decisão do STF gerou um volume bilionário de recursos

ADI 7324 / DF

a ser recebido pelas distribuidoras de energia elétrica junto à União. **Contudo, esses recursos não pertencem a essas empresas, mas a seus consumidores. Isso porque, pela regulação do setor elétrico, os custos do PIS/COFINS recolhido pelas distribuidoras são incorporados às suas tarifas e repassados aos consumidores. Nesse contexto, a apropriação dos recursos pelas empresas representaria um ganho indevido.**

Devemos lembrar que as distribuidoras de energia elétrica, diante de eventos de súbitos aumentos de custos ou redução de seus mercados, não demoram a pleitear junto à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) a **recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de seus contratos**, enfatizando ser esse um direito que lhes assiste. Até mesmo a elevação da inadimplência provocada pela pandemia de covid-19 e pela crise econômica foi apontada pelas empresas como motivo de desequilíbrio econômico-financeiro da concessão. Entretanto, o contrato de concessão por elas firmado com a União não pode ser interpretado como uma via de mão única ou uma balança que pende para um lado só. **O consumidor também tem direito de reclamar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão a seu favor, o que, no caso em questão, ocorrerá quando os créditos de PIS/COFINS gerados às distribuidoras com a decisão mencionada do STF forem repassados às tarifas de energia elétrica.**

Nesse contexto, o presente projeto de lei estabelece uma disciplina para a destinação integral dos créditos de PIS/COFINS já mencionados aos consumidores de energia elétrica. Para tanto, a proposição prevê que a ANEEL deverá implementar a destinação dos créditos já habilitados, observando critérios equitativos, as normas e os procedimentos tributários aplicáveis e as peculiaridades operacionais e processuais das decisões judiciais e da autoridade tributária, de forma a viabilizar a redução das tarifas de energia elétrica.

Julgamos relevante enfatizar que a proposição estabelece que a destinação observará a máxima capacidade de

ADI 7324 / DF

aproveitamento de créditos das distribuidoras de energia elétrica, com a possibilidade de antecipação de valores. Com isso, garantimos que o consumidor de energia elétrica usufrua do benefício de forma imediata, o que certamente promoverá um alívio nas suas despesas. A medida, inclusive, permitirá que os consumidores coloquem suas contas em dia, o que reduzirá a inadimplência junto as distribuidoras e que já foi por elas apontada como causa de desequilíbrio econômico-financeiro de seus contratos.

A fim de evitar lacuna legal para disciplinar eventual devolução de outros créditos tributários, também explicitamos as diretrizes a serem observadas pela Aneel em tais situações.” (Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9158835&ts=1719946489844&disposition=inline;grifou-se>)

Como se observa, o objetivo do legislador foi de assegurar à Aneel, no bojo de sua competência regulatória, o exercício de política tarifária para recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados no setor elétrico.

A norma em análise disciplina a destinação dos valores relacionados ao indébito tributário, que, pela regulação do setor elétrico, são incorporados às tarifas e repassados aos consumidores. Dessa maneira, não trata de tema afeto à disciplina do direito tributário.

Cuida-se, em verdade, de regulamentação da devolução do pagamento a maior aos consumidores pela via tarifária, o que representa mera repercussão administrativa de uma discussão judicial travada anteriormente – e já finalizada – na seara do direito tributário. É de se atentar para o fato de que estamos diante de um setor regulado, em que o valor da tarifa é fixado pela Agência Reguladora, justamente levando em consideração todos os fatores que influenciam na formação do preço.

Nesta oportunidade, trago a advertência do saudoso Ministro Teori Zavascki, ao apreciar questão semelhante no STJ (legitimidade do repasse às tarifas de energia elétrica do PIS/COFINS):

ADI 7324 / DF

“A tese defendida pelo demandante e aqui chancelada pelo IDEC e pelo Ministério Público, parte de um pressuposto manifestamente equivocado: o de atribuir à controvérsia uma natureza tributária. Com efeito, a relação jurídica que se estabelece entre concessionária e consumidor de energia elétrica não é relação tributária, cujos partícipes necessários são o Fisco e o contribuinte. Aqui, o que se tem é relação de consumo de serviço público, cujas fontes normativas são próprias, especiais e distintas das que regem as relações tributárias. Em outras palavras, o que está em questão não é saber se o consumidor de energia elétrica pode ser alçado à condição de contribuinte do PIS e da COFINS, que à toda evidência não o é, mas sim a legitimidade da cobrança de uma tarifa, cujo valor é estabelecido e controlado pela Administração Pública e no qual foi embutido o custo correspondente aqueles tributos, devidos ao Fisco pela concessionária. Essa a questão.” (voto condutor do Resp 1.185.070/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Seção, DJe. 27.9.2010).

Por consequência lógica, não há qualquer interferência na coisa julgada formada no processo em que o contribuinte de direito – distribuidora de energia elétrica – obteve o reconhecimento do tributo recolhido a maior. O que ocorre é apenas uma política tarifária voltada a recompor os valores referentes aos encargos tributários que os contribuintes de fato – usuários do serviço público – suportaram, a fim de evitar enriquecimento ilícito por parte das distribuidoras de energia elétrica.

Trata-se de prerrogativa que integra o núcleo das atribuições regulatórias da União, cabendo-lhe estabelecer diretrizes normativas capazes de assegurar a adequada prestação do serviço público, a modicidade tarifária e a preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Nesse contexto, a fixação de critérios para destinação de valores oriundos de repetição de indébito, bem como a definição das condições e prazos aplicáveis inserem-se no âmbito legítimo dessa competência regulatória.

ADI 7324 / DF

Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o equilíbrio econômico-financeiro constitui uma relação que se estabelece no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo concessionário e a remuneração que lhe assegura a Administração por via do contrato (DI PIETRO, M. S. Z. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 114).

Ainda segundo a professora, o equilíbrio econômico-financeiro constitui direito subjetivo do concessionário:

“Hoje é pacificamente aceita a ideia de que o equilíbrio econômico-financeiro constitui-se em direito do concessionário e esta ideia está tão arraigada na doutrina e na jurisprudência, que tal direito seria reconhecido ainda que não previsto em lei ou no contrato. Isto porque a teoria do equilíbrio econômico baseia-se em princípios maiores, que independem de previsão no direito positivo: a. o princípio da equidade, que impede que uma das partes experimente locupletamento lícito em detrimento da outra; b. o princípio da razoabilidade, que exige proporção entre o custo e o benefício; c. O princípio da continuidade do contrato administrativo, que determina a manutenção do equilíbrio econômico financeiro indispensável para assegurar a continuidade do contrato; d. o princípio da indisponibilidade do interesse público, pois, se o contrato é necessário para atender a alguma necessidade imperiosa da Administração a esta incumbe assegurar sua continuidade, recompondo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.” (*op. cit.*, p. 115).

Uma das situações que enseja a revisão tarifária é justamente a alteração na estrutura tributária incidente sobre o serviço público concedido.

Conforme assinaei no julgamento do RE 1.053.574 (tema 415), a revisão das tarifas tem fundamento não somente na justa remuneração do concessionário pelos serviços prestados, que deve abarcar os custos diretos e indiretos da prestação bem como os tributos incidentes sobre a

ADI 7324 / DF

operação, mas também na preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e na proteção do consumidor.

Nesse contexto, é não apenas legítima, mas imperiosa, no âmbito das concessões de serviços públicos, a revisão das tarifas em função de alterações na carga tributária, de modo a assegurar que o repasse econômico dos tributos que comportam o referido repasse ocorra de forma transparente, equilibrada e justa, sem onerar indevidamente o usuário do serviço público.

Nessa perspectiva, da mesma forma que os encargos tributários compõem a equação econômico-financeira quando devidos – e, assim, são repassados aos usuários –, também deverão integrá-la quando houver a devolução desses valores.

Aliás, como bem pontuou o Ministro Alexandre em seu voto, a Lei 8.987/1995 – que trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal – já dispunha sobre a prática de revisão tarifária, “*para mais ou para menos*”, nos casos de criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, ressalvados os impostos sobre a renda; *verbis*:

“Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

[...]

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, **para mais ou para menos**, conforme o caso.”

Nessa linha, consoante aduz o Ministro Relator, a Lei 14.385/2022 nada mais fez do que conferir à Aneel “*um instrumental específico para destinar aos usuários de energia elétrica valores relativos à repetição de indébito tributário*” (p. 4).

ADI 7324 / DF

Portanto, com base nessas considerações, tenho que não há falar em ofensa ao art. 146, inciso III, da Constituição Federal.

Também por essas razões não vislumbro qualquer **inconstitucionalidade material** na referida norma.

Ao dispor especificamente sobre o *repasso administrativo* – sem, contudo, interferir no conteúdo das decisões proferidas em favor das distribuidoras –, não procedem as alegações de invasão da coisa julgada ou violação ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido ou ao direito de propriedade.

Igualmente, os dispositivos não ofendem a irretroatividade da norma, eis que buscam simplesmente garantir o equilíbrio econômico-financeiro contratual. Menciono, por oportuno, excerto esclarecedor do parecer da lavra da AGU:

“[...] Observe-se, ademais, que em nenhum momento a ANEEL interfere no conteúdo das decisões judiciais proferidas em favor dos contribuintes. Em verdade, o tratamento tarifário da questão é mera decorrência lógica das cláusulas econômicas do contrato de concessão, que impedem a apropriação indébita de valores e o enriquecimento sem causa das concessionárias de energia elétrica, visto que foi o consumidor final que suportou o custo tributário a maior ao longo dos anos.

A ANEEL, assim, ao disciplinar a destinação integral dos créditos de PIS/COFINS aos consumidores de energia elétrica, atua nos estritos limites do cumprimento do seu dever-poder regulatório.

(...)Como visto, foram os consumidores finais que arcaram com o pagamento a maior das contribuições ao PIS e à COFINS, na medida em que esse ônus sempre fora repassado integralmente às tarifas de energia elétrica. Uma vez que as concessionárias de energia elétrica nunca foram as titulares do indébito, o acolhimento da tese da requerente representaria hipótese de enriquecimento sem causa.” (eDOC 24, p. 8-11; grifou-se).

ADI 7324 / DF

Por derradeiro, ressalto que a lei em exame, com intuito de recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, impõe balizas que impedem a indevida apropriação, por parte das distribuidoras, daqueles valores arcados pelos consumidores. Desse modo, sendo a relação jurídica em questão de natureza administrativa, contida na política tarifária, não se está a tratar, como bem ponderou o Ministro Alexandre de Moraes, *“de devolução do que foi indevidamente pago pelos usuários do serviço público em decorrência da incidência do tributo”*, mas, sim, de *“reequilíbrio econômico-financeiro da concessão, com utilização, para tanto, dos mecanismos de política tarifária, com vistas a atingir a modicidade nas tarifas”*.

Logo, depreende-se que o fato de os usuários atingidos pela destinação dos valores não serem necessariamente os mesmos que arcaram com a repercussão econômica dos tributos indevidamente pagos não configura qualquer violação à isonomia.

Acompanho integralmente, portanto, o Ministro Alexandre de Moraes quanto à constitucionalidade dos dispositivos impugnados.

II) DO PRAZO PRESCRICIONAL APLICÁVEL AO CASO CONCRETO

Senhores Ministros, vejo que acerca do tema de mérito – a constitucionalidade dos dispositivos que impõem o repasse dos valores recebidos a título de PIS/COFINS aos consumidores – há convergência de entendimentos nesta Corte. A divergência surge, no entanto, quanto ao prazo prescricional aplicável ao caso e ao que pode ser objeto de dedução por parte das empresas.

Contudo, antes de me manifestar a respeito de qual prazo é aplicável à presente situação, se dez ou cinco anos, entendo ser necessário examinar qual seria o *dies a quo* para contagem do referido prazo.

A prescrição, como instituto jurídico que tem como finalidade garantir a previsibilidade das relações sociais, é regida pelo princípio da

ADI 7324 / DF

actio nata, previsto no art. 189 do Código Civil, segundo o qual os prazos prescricionais começam a ser contados a partir da violação de determinado direito. A lógica do princípio da *actio nata*, portanto, é a de que o prazo prescricional somente se inicia quando existe uma pretensão efetivamente exercitável, ou seja, quando o titular do direito pode concretamente exigir sua satisfação.

Sob essa perspectiva, e por uma questão de coerência lógica e econômica, entendo que a Aneel só poderia determinar o repasse aos consumidores dos valores recebidos a partir do momento em que tais recursos efetivamente ingressam no patrimônio das distribuidoras de energia elétrica. Esse ingresso pode se dar seja por meio da restituição direta dos montantes pagos a maior, seja por meio de compensação com outros tributos devidos.

A corroborar esse entendimento, a legislação é expressa nesse sentido, quando dispõe que caberá à Aneel a destinação integral dos “valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica em razão de recolhimento a maior” (inciso XXII do art. 3º da Lei 14.385/2022). De forma bastante específica, o § 2º do art. 3º-B da mesma lei dispõe que essa revisão tarifária será realizada nos processos tarifários anuais, **a partir do primeiro processo tarifário subsequente ao requerimento à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.** Confira-se:

“Art. 3º-B A Aneel deverá promover, nos processos tarifários, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica relacionados às ações judiciais transitadas em julgado que versam sobre a exclusão do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) da base de cálculo da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Contribuição para o PIS/Pasep) e da Contribuição para o Financiamento da

ADI 7324 / DF

Seguridade Social (Cofins).

(...)

§ 2º A destinação de que trata o caput deste artigo dar-se-á nos processos tarifários anuais, a partir do primeiro processo tarifário subsequente ao requerimento à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. (realce atual)

Veja-se que a legislação é expressa em estabelecer como *dies a quo* do prazo prescricional o requerimento de compensação/restituição formulado junto à Receita Federal do Brasil. Em sendo assim, não vejo razões para declarar a inconstitucionalidade desse termo inicial, eis que representa mera aplicação da teoria da *actio nata*.

Conforme bem esclarecido pelo Min. Flávio Dino, “a pretensão nasce com a violação do direito, marco esse que não se configura por ocasião da cobrança das tarifas pretéritas - 10 ou 20 anos atrás -, mas no momento em que, de fato, o valor é devolvido às concessionárias e há compensação tributária, sem que, por exemplo, o montante correspondente seja repassado para as tarifas. É dizer, a violação do direito nasce para os consumidores quando o equilíbrio econômico-financeiro não é respeitado”.

Veja-se que seria absolutamente inviável à Aneel proceder com a revisão tarifária com base na data do pagamento do tributo. Afinal, nessa ocasião, não havia qualquer possibilidade de se prever a devolução dos valores ou de quantificar o montante a ser efetivamente restituído. Somente a partir do momento em que os créditos foram reconhecidos e habilitados, com a consequente compensação ou restituição tributária, tornou-se viável apurar o impacto econômico e, assim, proceder aos ajustes necessários nas tarifas, de forma a resguardar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os direitos dos consumidores.

Entendo, portanto, que o termo inicial variará para cada distribuidora de energia elétrica, conforme o momento em que os referidos créditos tenham sido efetivamente habilitados perante a Receita Federal do Brasil. E desde logo esclareço que tal posicionamento não trará complexidade ou dificuldade de implementação prática, eis que a revisão tarifária é realizada de maneira individual, mediante comprovação do

ADI 7324 / DF

impacto econômico-financeiro, o qual deverá refletir no valor da tarifa.

Ademais, conforme informações apresentadas pela Aneel, o impacto da presente ação é significativo, com potencial de afetar diretamente os consumidores e, ainda, de repercutir sobre a inflação.

Isso porque aquela agência reguladora já procedeu com o reajuste tarifário, de forma a considerar os valores que foram efetivamente ressarcidos a título de PIS/COFINS, estando as concessionárias em estágio de conclusão do processo de devolução. A esse respeito, em valores atualizados em junho de 2025, a ANEEL já promoveu a destinação nos processos tarifários em proveito dos usuários do serviço público de distribuição em valores históricos de R\$ 45,0 bilhões de reais (valores nominais), os quais representam (em valores presentes) cerca de R\$ 60,7 bilhões de reais (corrigidos pela SELIC). Ademais, ainda restam cerca de 16,3 bilhões, em valores corrigidos pela SELIC, a serem considerados nos próximos processos tarifários.

Ainda, conforme dados daquela agência reguladora apresentados em memoriais, *“a eventual aplicação concreta de regra ‘prescricional’ de 5 (cinco) ou de 10 (dez) anos poderá de fato conduzir a um cenário no qual os consumidores, em vez de receberem valores ainda remanescentes das distribuidoras via tarifa – cerca de R\$ 16,3 bilhões, como referido anteriormente –, terão que ‘devolver’ a essas mesmas distribuidoras montantes de cerca de R\$ 8,6 bilhões (para uma prescrição decenal contada do ajuizamento das ações) ou de R\$ 32,0 bilhões (para uma prescrição quinquenal contada do ajuizamento das ações).”* Nesse cenário, o impacto no efeito tarifário médio anual nas contas de energia elétrica seria de um aumento de quase 10% (para prescrição de 5 anos) ou de quase 20% (para prescrição de 10 anos), caso contado do ajuizamento das ações.

Observa-se, portanto, que esse contexto exerce impacto direto sobre o já elevado cenário inflacionário brasileiro. Nesse sentido, reportagem publicada pela Agência Brasil, em 12 de agosto de 2025, ressalta o peso da energia elétrica na composição do índice de preços, conforme se verifica a seguir:

“Segundo o gerente do IPCA, Fernando Gonçalves, de janeiro a julho, ‘a energia elétrica residencial acumula uma alta

ADI 7324 / DF

de 10,18%', sendo o principal impacto individual no acumulado do índice, de 3,26%. Lembrando que, em agosto, a Agência Nacional de Energia Elétrica acionou o patamar 2 da bandeira vermelha, o que significa um adicional de R\$ 7,87 a cada cem quilowatts-hora consumidos. (Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/economia/audio/2025-08/inflacao-em-julho-fica-em-026-puxada-pela-alta-da-energia-eletrica>. Acesso em: 12 ago. 2025)

Posto isso, estou convencido da constitucionalidade do §2º do art. 3º-B da Lei 14.385/2022, que dispõe como *dies a quo* da revisão tarifária o requerimento de compensação/restituição formulado junto à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

Considerando esse termo inicial do prazo prescricional e na linha do voto do Ministro Flávio Dino, não há que falar em prescrição da revisão tarifária promovida pela Aneel. Contudo, caso seja necessário manifestar-me sobre qual prazo seria aplicável à espécie, adoto o prazo decenal, uma vez que **não** estamos diante de uma relação tributária.

Por fim, esclareço que não adoto interpretação conforme à Constituição para determinar a exclusão dos tributos e custos específicos suportados pelas concessionárias para obter a repetição de indébito tributário, pois esse procedimento já é efetivamente realizado pela Aneel. Em sendo assim, eventual discussão a respeito dos valores a serem efetivamente abatidos no cálculo da tarifa devem ser travados individualmente nas vias ordinárias, a partir do próprio ato da agência reguladora.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, acompanho o eminente relator no sentido de julgar **improcedente** o pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade. Acompanho ainda o voto do Ministro Flávio Dino

ADI 7324 / DF

quanto à não ocorrência de prazo prescricional.

É como voto.

14/08/2025

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324 DISTRITO FEDERAL

RESULTADO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Deixa-me só ver aqui. Os que acham que deve ser prazo de 10 anos, votam divergente o Ministro Fux e o Ministro André Mendonça; os que acham que deve especificar tributos e honorários, votam divergente o Ministro André e o Ministro Nunes Marques.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Era uma busca de consenso, Presidente, da minha parte.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES – Inclusive, também. A minha preocupação é a gente mexer com o que está quieto.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Honorários específicos.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES – Como é uma discussão de tributos, não vejo dificuldade em acompanhar. O que eu digo é que os custos diretos e indiretos já estão contemplados lá atrás. E a discussão do tributo, eu concordo em não integrar.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Mas, na fixação do dispositivo, a proposta é que fique tributos e honorários específicos.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Quem diverge disso?

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Não, não há divergência. Havia só uma discussão para a tentativa de busca de consenso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Agora, quanto ao marco temporal, neste momento, nós temos a posição de que é no momento da restituição ou da homologação da compensação. Eu, o Ministro Fachin e o Ministro Dino.

No sentido da lei, o Ministro Alexandre, o Ministro Zanin e a

ADI 7324 / DF

Ministra Cármen. Neste momento, o Ministro Fux considera que é o momento da restituição.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR)

- O Ministro Nunes Marques, da lei também.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Ministro Nunes Marques, da lei.

Ministro Gilmar, lei ou da restituição?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu estava votando no sentido da restituição, mas eu quero me adaptar à formação de uma maioria, para também não deixarmos...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Se Vossa Excelência votar em relação à restituição, temos 1, 2, 3, 4, 5; 1, 2, 3, 4. Se Vossa Excelência votar a favor da restituição, prevalece...

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - O Ministro Fachin, Vossa Excelência registrou?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR)

- Como assim?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu, Ministro Fachin, Ministro Dino, Ministro Fux e Ministro Gilmar.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR)

- O Gilmar não votou ainda, está 4 a 4.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - A frase que eu falei foi esta, se Vossa Excelência votar por restituição, fica 5 a 4.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - De fato, é uma terceira via.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR)

- O da abertura do processo.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - O meu é o da abertura do processo, que pode ser do dia seguinte à edição da lei, a própria ANEEL nos colocando...

ADI 7324 / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - É a terceira posição.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - É 5 a 4 a 1.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - É isso, 5 a 4 a 1.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Eu acho, com a devida vênia, tentando... O mais seguro é ou a lei ou a abertura do processo. Eu tenho receio...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Qual é a posição de Vossa Excelência?

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - A minha é abertura do processo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - A abertura do processo, então, está 5 a 4 a 1.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A abertura do processo da ANEEL.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Gente, pedido parcialmente procedente nos termos do voto do Relator para dar a interpretação conforme à Lei nº 14.385, de 2022, de modo a definir que a destinação dos valores de indébitos tributários restituídos: 1. Permita a dedução dos tributos incidentes sobre a restituição, bem como dos honorários específicos despendidos pelas concessionárias para o fim de obter a repetição do indébito; e 2. Observe o prazo de 10 anos contado da data da efetiva restituição do indébito às distribuidoras ou da homologação definitiva da compensação por elas realizada.

Essa é a proclamação.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Presidente, a questão que eu havia colocado é que, em tese, há possibilidade de alguns consumidores ou usuários terem recebido a maior, independentemente da tese que venha a ser acolhida. Então, acho que seria importante dizer que, se houve o recebimento de boa-fé a maior pelo usuário consumidor, que não será objeto de repetição.

ADI 7324 / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - De pleno acordo. Todos de acordo? É porque isso vai ser apurado no processo.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Mas parece, em tese, que há situações em que isso pode acontecer.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu acho que não tem sentido.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ou até ações coletivas podem ter ocorrido.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Presidente, permite um esclarecimento? A questão do termo inicial do prazo, qual restou consignado, como prevaleceu?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - É o que eu li: efetiva restituição ou homologação da compensação.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - E quantos votos, nesse sentido, foram?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Cinco. Vossa Excelência mudar, vai ficar 5 a 5.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Não. Vou manter, senão eu vou criar mais confusão.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.324

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S) : ABRADÉE - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA

ADV.(A/S) : MARCELO MONTALVAO MACHADO (34391/DF, 31755-A/PA, 4187/SE, 357553/SP)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL

ADV.(A/S) : BRENO RIGHI (110378/MG)

ADV.(A/S) : MATEUS FERNANDES VILELA LIMA (36455/DF)

ADV.(A/S) : FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA (40645/BA, 31546/DF)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE COMUNICAÇÃO E EDUCAÇÃO EM DEFESA DOS CONSUMIDORES E INVESTIDORES - (ICDESCA)

ADV.(A/S) : ERLINAEI DA SILVA TEIXEIRA (19855/MA)

AM. CURIAE. : AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL

ADV.(A/S) : FÁBIA MARA FELIPE BELEZI

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE GÁS CANALIZADO - ABEGÁS

ADV.(A/S) : ERICK DE PAULA CARMO (86712/MG)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GRANDES CONSUMIDORES

INDUSTRIAIS DE ENERGIA E DE CONSUMIDORES LIVRES ; ABRACE

ADV.(A/S) : SEBASTIAO BOTTO DE BARROS TOJAL (66905/SP)

Decisão: Após o voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), que julgava improcedente o pedido formulado na ação direta, o processo foi destacado pelo Ministro Luiz Fux. Falaram: pela requerente, o Dr. Cairo Trevia Chagas; pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Raphael Ramos Monteiro de Souza, Advogado da União; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres - ABRACE, a Dra. Renata Rocha Villela; e, pelo *amicus curiae* Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Gás Canalizado - ABEGÁS, o Dr. Marcus Livio Gomes. Plenário, Sessão Virtual de 10.11.2023 a 20.11.2023.

Decisão: Após o voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), que julgava improcedente o pedido formulado na ação direta, declarando constitucional a Lei nº 14.385/2022, que atribui à agência reguladora a competência para promover, de ofício, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica em razão de recolhimento a

maior, desde que: i) aplique-se o prazo decenal de prescrição; e ii) do repasse integral previsto na Lei nº 14.385/2022 sejam excluídos pela ANEEL os tributos e custos específicos suportados pelas concessionárias para fins de obter a repetição de indébito tributário; do voto do Ministro Luiz Fux, que reconhecia a constitucionalidade da lei, mas propunha uma interpretação conforme no tocante à restituição integral, permitindo a dedução das despesas diretas e indiretas, entendendo pela aplicação do prazo quinquenal de prescrição, no que foi acompanhado pelo Ministro André Mendonça; do voto do Ministro Flávio Dino, que acompanhava o Relator no sentido da improcedência da ação, mas não reconhecia a ocorrência de prescrição e, caso vencido nesse ponto, aplicava o prazo prescricional decenal; e dos votos dos Ministros Cristiano Zanin e Nunes Marques, que reconheciam a constitucionalidade da lei, propondo uma interpretação conforme nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, mas aplicavam o prazo decenal de prescrição, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Aguardam os demais Ministros. Falaram: pela requerente, o Dr. Alexander Andrade Leite; pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Raphael Ramos Monteiro de Souza, Advogado da União; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Gás Canalizado - ABEGÁS, o Dr. Celso Caldas Martins Xavier; e, pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres - ABRACE, a Dra. Renata Rocha Villela. Ausente, justificadamente, o Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente). Presidiu o julgamento o Ministro Edson Fachin (Vice-Presidente). Plenário, 4.9.2024.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Dias Toffoli, que acompanhava o Ministro Alexandre de Moraes (Relator), no sentido de julgar improcedente o pedido formulado na ação direta, declarando constitucional a Lei nº 14.385/2022, que atribui à agência reguladora a competência para promover, de ofício, a destinação integral, em proveito dos usuários de serviços públicos afetados na respectiva área de concessão ou permissão, dos valores objeto de repetição de indébito pelas distribuidoras de energia elétrica em razão de recolhimento a maior, desde que: i) aplique-se o prazo decenal de prescrição; e ii) do repasse integral previsto na Lei nº 14.385/2022 sejam excluídos pela ANEEL os tributos e custos específicos suportados pelas concessionárias para fins de obter a repetição de indébito tributário, pediu vista dos autos o Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente). Plenário, Sessão Virtual de 22.11.2024 a 29.11.2024.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido, para dar interpretação conforme à Lei nº 14.385/2022 de modo a definir que a destinação dos valores de indébitos tributários restituídos (i) permita a dedução dos tributos incidentes sobre a restituição, bem como dos honorários

específicos dispendidos pelas concessionárias, para o fim de obter a repetição do indébito; e (ii) observe o prazo de 10 anos, contados da data da efetiva restituição do indébito às distribuidoras ou da homologação definitiva da compensação por elas realizada. Por fim, o Tribunal decidiu que o recebimento de boa-fé a maior pelo usuário consumidor não será objeto de repetição. Ficaram parcialmente vencidos: (a) quanto ao prazo decenal, os Ministros Luiz Fux e André Mendonça, que votavam pelo prazo quinquenal; e (b) quanto ao marco temporal, os Ministros Alexandre de Moraes (Relator), Cristiano Zanin, Nunes Marques e Cármen Lúcia, que entendiam que o marco temporal se daria a partir da vigência da lei, e o Ministro André Mendonça, que entendia que o marco se daria com a abertura de processo na ANEEL. Redigirá o acórdão o Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 14.8.2025.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça, Cristiano Zanin e Flávio Dino.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli.

Procurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário