# STF confirma inclusão de encargos setoriais de energia no ICMS

No contexto de um federalismo fiscal, a União não pode intervir na maneira como os estados exercem sua competência tributária, ainda que por meio de lei complementar, pois isso ultrapassa seu poder constitucional.

Freepik

Tarifas dizem respeito ao uso do sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica
*Freepik*

Com esse entendimento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal confirmou uma liminar do ministro Luiz Fux que incluiu a tarifa de uso do sistema de transmissão de energia elétrica (Tust) e a tarifa de uso do sistema de distribuição de energia elétrica (Tusd) na base de cálculo do ICMS. O julgamento virtual se encerrou na última sexta-feira (3/3).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi ajuizada por governadores de dez estados e do Distrito Federal contra o artigo 2º da Lei Complementar 194/2022, que modificou a Lei Kandir e excluiu as tarifas da base de cálculo do ICMS.

Eles argumentaram que a base de cálculo do ICMS na tributação da energia elétrica abrange o valor de toda as operações, e não só do consumo efetivo. Assim, a Tust e a Tusd, chamadas de encargos setoriais, estariam incluídas. Além disso, alegaram violação do pacto federativo, devido à restrição da autonomia dos estados.

Ao suspender o dispositivo contestado, no último mês de fevereiro, Fux considerou que a lei complementar foi além do seu poder para tratar de questões relativas ao ICMS. Em seu novo voto, ele reiterou seus argumentos.

A Constituição fala em pagamento do imposto sobre "operações" relativas à circulação de mercadorias na energia elétrica. Para o relator, o termo "operações" remete não apenas ao consumo efetivo, mas a "toda a infraestrutura utilizada para que esse consumo venha a se realizar, isto é, o sistema de transmissão da energia".

O ministro ainda levou em conta os prejuízos bilionários aos cofres estaduais, que poderiam deixar de


2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

arrecadar cerca de R$ 16 bilhões a cada seis meses. Conforme os autores, tais perdas comprometem a prestação dos serviços básicos à população.

A Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) já havia requisitado que os estados excluíssem a Tust e a Tusd da base do ICMS, para não lesar direitos do consumidor de energia elétrica.

Fux também destacou que a ratificação da liminar não causa prejuízos, pois a maioria dos estados nunca excluiu os encargos setoriais da base de cálculo do ICMS cobrado sobre a energia elétrica. Um levantamento feito a pedido da Associação Nacional dos Consumidores de Energia (Anace) mostrou que 19 estados ainda não haviam cumprido a lei complementar, devido a dificuldades em regulamentá-la.

Fellipe Sampaio /SCO/STF

Ministro Luiz Fux já havia concedido liminar neste sentido em fevereiro

O tributarista **Igor Mauler Santiago**, colunista da revista eletrônica **Consultor Jurídico**, explica que esses estados poderão manter a cobrança do ICMS sobre a Tust e a Tusd. "Para os que tiverem excluído essa hipótese, será preciso alterar a lei e respeitar a anterioridade, voltando a exigir apenas em 2024", indica.

**Outros votos**
Apenas dois ministros não acompanharam totalmente o entendimento de Fux. Gilmar Mendes votou por referendar a liminar, mas fez ressalvas à fundamentação do relator.

Ele concordou que a norma violou os procedimentos de elaboração previstos na Constituição. Porém, considerou que seria melhor discutir o conteúdo do artigo somente no julgamento de mérito da ADI, devido à complexidade do assunto.

Já André Mendonça divergiu do restante dos colegas, mas chegou à mesma conclusão de que seria necessário suspender os efeitos do dispositivo questionado.


2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

O magistrado lembrou que o STF já negou repercussão geral em um caso sobre a inclusão da Tust e da Tusd na base de cálculo do ICMS, por entender que o tema não ultrapassava o nível infraconstitucional. Assim, para aceitar os fundamentos de Fux, a corte teria de revisar o tema.

Na visão de Mendonça, "ou a matéria referente à base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica é eminentemente constitucional, descabendo atuação minimamente inovadora por parte dos entes federados"; ou, então, os estados e o DF têm liberdade para definir, em suas legislações tributárias, se a Tusd e a Tust compõem o ICMS. De qualquer forma, para ele, o Congresso pode decidir quais elementos integram ou não a base de cálculo.

Mesmo assim, o ministro lembrou que, em dezembro do último ano, o Plenário homologou um acordo entre União e estados sobre o ICMS de combustíveis. Na ocasião, ficou combinado que a questão das tarifas de energia seria debatida por um grupo de trabalho.

Assim, Mendonça entendeu convenitente suspender a regra da lei complementar, no intuito de "garantir mínimas condições de possibilidade para que prospere a alternativa autocompositiva ao intrincado conflito federativo e fiscal em tela". Desta forma, votou por manter a liminar até o fim do grupo de trabalho.

A mesma questão discutida na ADI está pendente de julgamento de recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça (Tema 986).

**Clique aqui para ler o voto de Fux**
**Clique aqui para ler o voto de Gilmar**
**Clique aqui para ler o voto de Mendonça**
**ADI 7.195**


2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.