

VOTO

O Senhor Ministro Luiz Fux (Relator): Nos autos da ADI 7191 e da ADPF 984, ambas de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foi formalizado acordo entre as partes, homologado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual de 14 de dezembro de 2022.

A questão posta a julgamento naquelas demandas não abordou o pedido de suspensão dos efeitos do art. 2º da Lei Complementar nº 194, de 23 de junho de 2022, na parte em que modificou o inciso X do art. 3º da Lei Complementar nº 87/1996 - Lei Kandir. O dispositivo excluiu da incidência do ICMS o valor relativo aos serviços de transmissão e distribuição bem como aquele correspondente aos encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica. Eis a redação do art. 3º, X da Lei Kandir, após a edição da LC 194/22:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...)

X - serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica. (Incluído pela Lei Complementar nº 194, de 2022)

O termo de acordo homologado pela Suprema Corte pôs a salvo, expressamente, a matéria vindicada no pedido de liminar desta demanda, conforme se extrai do parágrafo segundo da Cláusula Quarta da avença. *In verbis:*

Clausula Quarta. Para o debate da Tust/Tusd, nos termos do inciso X do art. 3º da LC 87/1996, com a redação conferida pelo art. 29 da LC 194/2022, os membros da Comissão Especial concordam com o desdobramento da conciliação/mediação para identificar os eventuais elementos do critério material e do critério quantitativo relacionados as tarifas de energia elétrica, que compõem os serviços de transmissão, distribuição e encargos.

Parágrafo Primeiro. Fica instituído grupo de trabalho, por meio de negociação (como técnica autocompositiva) entre os próprios entes federativos, para fins de discussão do tema previsto no caput, com prazo de até 120 dias, a contar da presente data.

Parágrafo Segundo. Os representantes da União nesta comissão especial não se opõem a concessão de medida cautelar nos autos da

ADI 7195 enquanto o tema estiver em discussão no âmbito do grupo de trabalho previsto no parágrafo anterior.

Neste contexto, com supedâneo em diversos precedentes da Corte, e mesmo em vista da existência dos requisitos para a sua concessão, deferi a tutela cautelar pleiteada de modo a suspender os efeitos do disposto no art. 3º, X da Lei Complementar nº 194/2022, *ad referendum* deste Plenário, ao qual submeto a questão.

Ab initio, é forçoso ressaltar que neste momento processual não é possível o julgamento do mérito da causa, em que pese a Ministra Relatora que me antecedeu tenha aplicado o rito do art. 12 da Lei 9.868/99 à presente ADI, conforme decisão de 1º de julho de 2.022 (Doc. 27).

É que a causa ainda não se encontra em estágio de julgamento mercê da ausência de elementos indispensáveis à sua conclusão, tais como a manifestação da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, nos termos do art. 8º da Lei 9.868/99.

A medida tomada em sede cautelar, ora objeto de referendo, está calcada no poder geral de cautela do juiz, diante de situação urgente trazida pelas partes do processo. Cuida-se, única e exclusivamente, de provimento cautelar firmado sobre as premissas que permitem a sua concessão.

A concessão de liminar no bojo da ação direta de inconstitucionalidade pressupõe a relevância dos fundamentos invocados, ao lado do risco de que, caso não sejam concedida, possa restar comprometida a eficácia do provimento jurisdicional final.

Há muito este Plenário já ratificou a possibilidade de provimento cautelar em ação direta de inconstitucionalidade a partir destes elementos. As palavras do Ministro Celso de Mello, na já longínqua medida cautelar na ADI nº 96, ainda são muito presentes:

“A suspensão liminar da execução de leis e atos normativos, (...) traduz provimento cautelar, e caráter excepcional, cujo deferimento pressupõe a necessária e cumulativa satisfação de certos requisitos, que se expressam (a) na plausibilidade jurídica da tese exposta pelo

Autor (fumus boni juris), (b) na possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (periculum in mora), (c) na irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados e (d) na necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão a ser proferida na causa.” (ADI 96 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 18/10/1989, DJ 10/11/1989).

Em matéria de incidência de ICMS sobre operações com energia elétrica há severa controvérsia a respeito da inclusão dos encargos setoriais denominados Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) na base de cálculo do imposto estadual. A discussão remete à definição sobre qual seria a base de cálculo adequada do ICMS na tributação da energia elétrica. É dizer: se a base impositiva corresponde ao valor da energia efetivamente consumida ou ao valor da operação, o que incluiria, neste último caso, os referidos encargos tarifários. A questão pendente de julgamento em regime de recurso especial repetitivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (Tema repetitivo 986, Rel. Min. Herman Benjamin).

Em verdade, os precedentes que não reconhecem a incidência do ICMS sobre as ditas verbas valem-se de exame restritivo do conceito de “operação” para afastar os custos de transmissão e distribuição da energia elétrica da base do tributo estadual.

Há, destarte, indícios de que o Poder Legislativo Federal, ao editar a norma complementar ora questionada, desbordou do poder conferido pela Constituição da República para disciplinar questões relativas ao ICMS. A CRFB, em seu art. 155, II e § 3º, bem como no art. 34, § 9º do ADCT, aparentemente disciplinou a questão atestando a incidência da exação sobre o total das operações e não do montante relativo ao exclusivo consumo do bem, no caso, da energia elétrica. Eis o teor das disposições constitucionais:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

ADCT

Art. 34. ...

§ 9º Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo **pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica**, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação.

Prima facie, em exame do *fumus boni juris*, exsurge do contexto posto a possibilidade de que a União tenha exorbitado seu poder constitucional, imiscuindo-se na maneira pela qual os Estados membros exercem sua competência tributária.

Conforme leciona Roque Carraza, em um federalismo fiscal, tal possibilidade não é deferida ao ente central, nem mesmo sob as vestes de uma lei complementar apta a veicular normas gerais em matéria tributária por força do art. 146 da CRFB.

Forçoso reconhecer, desse modo, que a fumaça de bom direito mostra-se caracterizada, vez que não se afigura legítima a definição dos parâmetros para a incidência do ICMS em norma editada pelo Legislativo federal, ainda que veiculada por meio de lei complementar. Outrossim, sob o aspecto material, o uso do termo “operações” remete não apenas ao consumo efetivo, mas a toda a infraestrutura utilizada para que este consumo venha a se realizar, isto é, o sistema de transmissão da energia.

A urgência para a concessão da medida ressaí da já referenciada manifestação da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), a partir da qual os Estados foram instados a promover a exclusão dos valores da

TUST e da TUSD da base do ICMS, sob pena de atuarem *contra legem*, em clara lesão a direitos do consumidor de energia elétrica.

O *periculum in mora* é extraível dos valores apresentados pela entidade autora que dão conta de prejuízos bilionários sofridos pelos cofres estaduais mercê da medida legislativa questionada. Conforme informações trazidas no e-doc. 110, a estimativa é a de que, a cada 6 meses, os Estados deixam de arrecadar, aproximadamente, **16 bilhões de reais**, o que também poderá repercutir na arrecadação dos municípios, uma vez que a Constituição Federal determina que 25% da receita arrecadada com ICMS pelos estados deverá ser repassada aos municípios (Art. 158, inciso IV).

Finalmente, cumpre ressaltar que um eventual *periculum in mora* reverso, decorrente da concessão da medida não se mostra factível.

O argumento residiria na possibilidade de as faturas de energia elétrica sofrerem um acréscimo a partir da reinclusão dos encargos setoriais na base de cálculo do ICMS.

Entretanto, tal receio pode ser afastado a partir da informação trazida, dentre outros, pelo jornal Valor Econômico, datado de 06 de janeiro de 2023, em reportagem intitulada “Estados descumprem lei e cobram ICMS acima do permitido sobre energia”. Com base nas informações da matéria jornalística, afere-se que a maioria dos Estados da Federação nunca excluiu da base de cálculo do ICMS cobrado sobre a energia elétrica os encargos setoriais. *In verbis*:

“Segundo levantamento realizado pela Replace Consultoria a pedido da Associação Nacional dos Consumidores de Energia (Anace), 19 Estados estão descumprindo a lei e os consumidores do país continuam pagando na conta de luz o tributo sobre a parcela das tarifas de distribuição, transmissão e encargos setoriais das contas de energia.

São os Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, São Paulo e Tocantins.

Foi identificado que, num conjunto de 37 concessionárias, apenas 30% deixaram de efetuar a cobrança com a mudança na lei.

O motivo pelo qual os Estados permaneceram cobrando o tributo reside na dificuldade em regulamentar o teor da lei complementar, considerando a complexidade dos componentes da tarifa de energia elétrica. É dizer que sem a regulamentação das Secretarias de Fazenda sobre como deveria ser feitas as exclusões não se torna possível a redução da base de cálculo do ICMS.

À evidência não se está a legitimar a postura dos entes federados, mas, especificamente, caracterizar, em uma análise consequencialista, a inexistência de severos prejuízos decorrentes da medida que se propõe a ratificação.

Ex positis, **RATIFICO A TUTELA CAUTELAR CONCEDIDA** para suspender os efeitos do art. 3º, X, da Lei Complementar nº 87/96, com redação dada pela Lei Complementar nº 194/2022, até o julgamento do mérito desta ação direta.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 24/02/2023 09:00