

V O T O-V O G A L

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de referendo de Medida Cautelar concedida pelo Exmo. Ministro Luiz Fux 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 da presente ação direta de inconstitucionalidade.

O dispositivo ora questionado exclui as tarifas de transmissão e distribuição e os encargos setoriais da base de cálculo do ICMS sobre as operações com energia elétrica. Confira-se:

“Lei Complementar nº 87/96:

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 194/2022)

Conforme bem relatado pelo eminente relator, o tema aqui tratado foi tangenciado no acordo formulado nos autos da ADI 7.191 e da ADPF 984, de minha relatoria, acordo este homologado à unanimidade pelo Plenário desta Corte em sessão virtual realizada em 14 de dezembro de 2022.

Em razão da complexidade do assunto, os entes federados – tanto União quanto os Estados – solicitaram a criação de grupo de trabalho entre eles “*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*”. Ademais, enquanto em discussão o tema, a União expressamente afirmou que não se opunha à concessão da cautelar pleiteada na presente ação direta, conforme se observa da Cláusula Quarta do termo de acordo, bem transcrita pelo Exmo. relator da presente ação.

Conforme pude presenciar nas tratativas de conciliação em que promovi no âmbito da ADI 7.191 e da ADPF 984, de minha relatoria, a definição do que caracteriza serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica para fins de sua exclusão da base de cálculo do ICMS é uma tarefa hercúlea e extremamente técnica. Não se trata, assim, de simplesmente excluir toda a

TUST (Tarifa de Uso dos Sistemas Elétricos de Transmissão) e toda a TUSD (Tarifa de Uso dos Sistemas Elétricos de Distribuição) da incidência do imposto estadual.

Isso porque a TUST e a TUSD comportam diferentes elementos dentro delas. A título ilustrativo, veja-se que o que se convencionou de chamar TUSD inclui quatro grandes grupos de elementos; quais sejam:

- 1) Transporte;
- 2) Perdas;
- 3) Encargos, e;
- 4) Outros.

O elemento transporte inclui o Fio A (que, de seu turno, engloba Rede Básica, Fronteira, CUSD, Conexão D e Conexão T) e o Fio B. Já as “perdas” abrangem as perdas técnicas, não técnicas, perdas RB/D e Receitas Irrecuperáveis. O terceiro elemento, “encargos”, abrange a TFSEE, ONS, P&D_EE, CDE, Proinfa e CDE Covid. Por fim, o último elemento, “outros”, inclui subvenção D>350 e outros.

Refiro-me a essa discussão apenas para contextualizar que a alteração promovida pela Lei Complementar nº 194/2022 no art. 3º, X, da Lei Complementar nº 87/96 não é de tão fácil e imediata aplicação, eis que depende de interpretação de conceitos técnicos.

O referendo da presente cautelar, contudo, é matéria exclusivamente jurídica, uma vez que são dois os argumentos centrais dos Estados. O primeiro, no sentido da inconstitucionalidade formal, gira em torno do malferimento da autonomia federativa. O segundo, de inconstitucionalidade material, consiste no fato de que o ICMS, conforme previsão constitucional, deveria ser calculado sobre o preço praticado na operação final com a venda da energia elétrica, independentemente dos componentes internos da operação.

O eminente relator, em sede cautelar, considerou presente o *fumus boni iuris* em ambas as alegações, conforme se observa de trecho de seu voto:

“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”

Com efeito, a concessão de medida liminar nas ações diretas depende da presença de dois pressupostos materiais, quais sejam, a plausibilidade jurídica das alegações autorais (*fumus boni iuris*) e a possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*).

Tendo em vista as razões trazidas pelo requerente, bem como o atual estado da arte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria de fundo, tenho que ambos os requisitos encontram-se presentes, justificando o referendo da medida cautelar deferida.

Em relação à plausibilidade jurídica das alegações do autor, em juízo de prelibação, próprio deste momento processual, considero verossímeis os argumentos em torno da inconstitucionalidade formal do art. 3º, X, da Lei Complementar nº 87/96, com redação dada pela Lei Complementar nº 194 /2022, por ofensa à autonomia dos Estados, pedra angular do federalismo fiscal brasileiro.

Acompanho, portanto, integralmente o relator no tocante à aparente configuração de inconstitucionalidade formal defendida pelos requerentes.

O relator também trouxe importantes considerações à guisa da aparente configuração da inconstitucionalidade material do dispositivo questionado. Dada a complexidade do assunto, considero que o momento mais oportuno para a referida discussão é o julgamento de mérito da presente ação. Tanto mais porque os argumentos acerca da inconstitucionalidade formal são suficientes para concessão da cautelar.

Quanto ao perigo da demora, reputo que o referido requisito encontra-se igualmente satisfeito conforme demonstrado à saciedade pelo Relator e pelos memoriais trazidos pelas requerentes, os quais dão conta que “ a exclusão das tarifas de transmissão e distribuição e dos encargos setoriais da base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações de fornecimento de energia elétrica representa uma perda anual estimada em R\$ 33,7

BILHÕES para o conjunto dos Estados e do Distrito Federal” , com repercussão direta também na arrecadação dos entes municipais.

Caracterizada, portanto, a plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*) dos requerentes quanto à inconstitucionalidade formal do art. 3º, X, da Lei Complementar nº 87/96, com redação dada pela Lei Complementar nº 194 /2022, e o *periculum in mora*, entendo que é caso de **referendar** a cautelar deferida pelo Exmo. Relator, com as ressalvas acima declinadas.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/10/2023