

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
7.195 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO MARANHÃO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO
REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA
ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE ALAGOAS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS
REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
REQTE.(S) : GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
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 DA UNIÃO
AM. CURIAE. : FIEMT - FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS NO

ADI 7195 MC / DF

ESTADO DE MATO GROSSO
ADV.(A/S) : VICTOR HUMBERTO DA SILVA MAIZMAN
AM. CURIAE. : SINDICATO DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA
ESTADUAL, FISCAIS E AGENTES FISCAIS DE
TRIBUTOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS ;
SINDIFISCO/MG
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS FISCAIS DE
MINAS GERAIS ; AFFEMG
ADV.(A/S) : GUILHERME RENAULT DINIZ
ADV.(A/S) : GUILHERME SALVADOR MENDES
AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS -
CNM
ADV.(A/S) : PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA
SILVEIRA
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DE
FISCAIS DE TRIBUTOS ESTADUAIS - FEBRAFITE
ADV.(A/S) : FELIPE TEIXEIRA VIEIRA
AM. CURIAE. : CONSELHO DE PRESIDENTES DOS TRIBUNAIS DE
JUSTIÇA DO BRASIL - CONSEPRE
ADV.(A/S) : RAFAEL THOMAZ FAVETTI
AM. CURIAE. : SINBRACOM - SINDICATO BRASILEIRO DAS
DISTRIBUIDORAS DE COMBUSTÍVEIS
ADV.(A/S) : SERGIO MONTENEGRO DE ALMEIDA FILHO
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE PETRÓLEO E GÁS (IBP)
ADV.(A/S) : CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS
AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE -
CNT
ADV.(A/S) : ALEXANDRE DE SOUZA PAPINI
ADV.(A/S) : KELI CAMPOS DE LIMA

AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE - DIREITO
TRIBUTÁRIO - LEIS COMPLEMENTARES

ADI 7195 MC / DF

192 E 194/2022 - ACORDO FIRMADO NOS AUTOS DA ADI Nº 7.191 E DA ADC Nº 984, DE RELATORIA DO MINISTRO GILMAR MENDES - OBJETO NÃO ABARCADO PELO ACORDO FIRMADO - EXPRESSA MENÇÃO À POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIMINAR AOS ESTADOS - MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LIMINAR *AD REFERENDUM* DO PLENÁRIO - FUMAÇA DO BOM DIREITO E URGÊNCIA - EXCLUSÃO DA TUST E DA TUSD DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS POR MEIO DE LEI COMPLEMENTAR - POSSIBILIDADE DE A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL TER SIDO EXORBITADA - PREJUÍZO BILIONÁRIO AOS ESTADOS

1. O regime do ICMS, modificado pelas pelas Leis Complementares nº 192, de 11 de março de 2.022 e 194, de 23 de junho de 2022, foram impugnadas nos autos da ADI 7191 e na ADPF 984, ambas de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.
2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual de 14 de dezembro de 2.022, homologou o acordo firmado entre as partes nos autos daquelas ações de controle concentrado.
3. O art. 2º da Lei Complementar nº 194/22,

ADI 7195 MC / DF

na parte em que modificou o inciso X do art. 3º da Lei Complementar nº 87/1996 - Lei Kandir, não foi objeto de transação naquela avença.

4. A exclusão da incidência do ICMS sobre o valor relativo aos serviços de transmissão e distribuição bem como aquele correspondente aos encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica restou determinada pelo dispositivo questionado.
5. O acordo homologado na ADI 7191 e na ADPF 984 deixou expressa a possibilidade de concessão de liminar nos autos desta Ação Direta de Inconstitucionalidade em relação à matéria. *Verbis:*

Cláusula Quarta.

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.

6. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a concessão de medida cautelar pelo Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade com base no poder geral de cautela do magistrado, nos casos de extrema urgência ou perigo de lesão grave, *ad referendum* do Plenário da Corte.

ADI 7195 MC / DF

(ADI-MC 2.849, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 3.4.2003; ADI-MC 4.232, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 25-5-2009; ADI 4.190-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 12-7-2009, DJE de 4-8-2009; ADI 4.307-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgamento em 2-10-2009, DJE de 8-10-2009; ADI-MC 4.451, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 12-9-2010; ADI-MC 4.598, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 2-8-2011 e ADI 3.273-MC, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 16-8-2004, DJ de 23-8-2004).

7. *In casu*, 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 relativamente ao ICMS, ao definir, *de lege lata*, os elementos que compõem a base de cálculo do tributo.
8. A 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 suscita controvérsia conducente à probabilidade do direito. É que a discussão remete à definição sobre qual seria a base de

cálculo adequada do ICMS na tributação da energia elétrica, vale dizer, se o valor da energia efetivamente consumida ou se o 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).

9. 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).
10. Tutela cautelar deferida para suspender os efeitos do art. 3º, X, da Lei Complementar nº 87/96, com redação dada pela Lei Complementar nº 194/2022, ad referendum do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

ADI 7195 MC / DF

DECISÃO: (petição nº 9245/2023)

Nos autos da ADI 7195, após abertura de prazo para manifestação das partes (e-doc 108), reitera a entidade autora, Colégio Nacional de Procuradores Gerais dos Estados e do Distrito Federal - CONPEG, a urgência na concessão da tutela provisória no caso em referência (e-doc 109).

A União não traz elementos que denotem sua contrariedade à concessão da medida de urgência (e-doc 118).

Em suas razões, a CONPEG alega que um dos aspectos postos nesta demanda não toca o objeto do pedido formulado na ADI 7191 e na ADPF 984, ambas de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Nas referidas ações foi formalizado acordo entre as partes, homologado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual de 14 de dezembro de 2022.

Especificamente, a questão que sobeja à lide posta naquelas demandas corresponde ao 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)

ADI 7195 MC / DF

A entidade requerente aduz que o termo de acordo homologado pela Suprema Corte pôs a salvo, expressamente, a matéria vindicada no pedido de liminar desta demanda. Invoca, em favor de seu argumento, o teor 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.

Ao final, buscando demonstrar o efeito pernicioso da modificação legislativa, o CONPEG traz a informação de que a perda anual de arrecadação com a novel medida ultrapassa os 33 bilhões de reais.

É o relatório. Passo a decidir.

Ab initio convém ressaltar que a jurisprudência desta Suprema Corte admite a concessão de medida cautelar pelo Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade com base no poder geral de cautela do magistrado, nos casos de extrema urgência ou perigo de lesão grave. Nesse sentido:

ADI 7195 MC / DF

ADI-MC 2.849, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 3.4.2003; ADI-MC 4.232, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 25-5-2009; ADI 4.190-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 12-7-2009, DJE de 4-8-2009; ADI 4.307-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgamento em 2-10-2009, DJE de 8-10-2009; ADI-MC 4.451, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 12-9-2010; ADI-MC 4.598, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 2-8-2011 e ADI 3.273-MC, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 16-8-2004, DJ de 23-8-2004

A medida deve ser concedida *ad referendum* do Plenário, nos termos do art. 10 e seguintes da Lei 9.868/99.

In casu, tenho que, ao menos nesse momento processual, razão assiste à parte requerente.

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, isto é, se o valor da energia efetivamente consumida ou se o valor da operação, o que incluiria, neste último caso, os referidos encargos tarifários. A questão pende 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, disciplinou a questão, atestando a incidência da exação sobre o

ADI 7195 MC / DF

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.*

ADI 7195 MC / DF

Prima facie, em um exame perfunctório da questão, característico desse momento processual, 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 (CARRAZZA, Curso de Direito Constitucional Tributário, 30ª Edição, página 191), 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.

A premência da medida também pode ser extraída 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).

Ex positis, **CONCEDO A TUTELA CAUTELAR** para suspender os efeitos do art. 3º, X, da Lei Complementar nº 87/96, com redação dada

ADI 7195 MC / DF

pela Lei Complementar nº 194/2022, *ad referendum* do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Publique-se.

Brasília, 9 de fevereiro de 2023.

Ministro LUIZ FUX

Relator

Documento assinado digitalmente