



MICHELONI
ADVOGADOS ASSOCIADOS

Informativo Extraordinário



secretaria@micheloni.com.br



Av. Presidente Wilson, 228 4º
andar Centro - Rio de
Janeiro



www.micheloni.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECIDE QUANTO A LEI COMPLEMENTAR 194/2022 SOBRE O ICMS - TUST E TUSD QUE NÃO IMPEDE APRECIACÃO DO TEMA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente há que se considerar que a Constituição Federal outorga competências tributárias aos entes políticos, que se traduz na aptidão para criar tributos em abstrato, por meio de lei, com todos os seus elementos essenciais (hipótese de incidência, sujeitos ativo e passivo, base de cálculo e alíquota).

Dentre as atribuições dadas pela Constituição Federal, dispõe o art. 146, III, “a” que cabe à lei complementar estabelecer normais gerais em matéria tributária, especialmente sobre a definição de tributos e suas espécies, definindo os respectivos fatos geradores, base de cálculo e contribuinte.

No âmbito específico do ICMS, o Código Tributário Nacional não dispõe sobre normas gerais do referido imposto, regulado pela Lei Complementar n.º 87/1996 (LEI KANDIR).

Em 2022 foi promulgada a Lei Complementar 194/2022, que alterou a Lei Complementar 87/1996, para incluir o inciso X ao artigo 3º, dispondo EXPRESSAMENTE [1] sobre a NÃO incidência de ICMS nos “serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica”:

[1] Art. 1º Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. No âmbito específico do ICMS, o Código Tributário Nacional não dispõe sobre normas gerais do referido imposto, regulado pela Lei Complementar n.º 87/1996 (LEI KANDIR), ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

(...)

Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...)

X - Em fevereiro o Ministro Luiz Fux concedeu uma liminar para suspender os efeitos, desta inovação. Na ocasião entendeu haver severa controvérsia sobre a questão da inclusão das tarifas TUST e TUSD e encargos setoriais na base de cálculo do ICMS e. (Incluído pela Lei Complementar nº 194, de 2022).



Em fevereiro o Ministro Luiz Fux concedeu uma liminar para suspender os efeitos, desta inovação. Na ocasião entendeu haver severa controvérsia sobre a questão da inclusão das tarifas TUST e TUSD e encargos setoriais na base de cálculo do ICMS e registrou, ainda, que a questão se encontra pendente de julgamento sob o crivo do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA[1].

No entanto, considerou haver indícios de que o Poder Legislativo Federal tenha extrapolado suas competências, em ofensa à autonomia federativas dos Estados e do Distrito Federal, quando através da edição da Lei nº 194/22 afastou da base de cálculo do ICMS os custos de transmissão e distribuição da energia elétrica. Confira-se o trecho:

“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 (...)

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.

Forçoso reconhecer, desse modo, que a fumaça de bom direito se mostra 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”. (grifou-se).

[1] “(...) 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)”.

A liminar concedida foi referendada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 06.03.2023. Conforme se verifica, a questão constitucional refere-se à possibilidade de o Congresso Nacional afastar a incidência dos custos de transmissão e distribuição por meio de Lei Federal, ainda que de natureza complementar, em aparente ofensa a autonomia federativa e competência dos Estados para legislar sobre o tema, em uma análise, portanto, da constitucionalidade formal da lei.

Entretanto, pela nossa interpretação, isso não significa que a questão de mérito, até então afetada pelo Superior Tribunal de Justiça, tenha sido guindada pelo STF, já que, no STJ, há a discussão do mérito da cobrança em si pendente de julgamento, como descrito na nota de rodapé número 2.

Este informativo foi redigido meramente para fins de informação e debate, não devendo ser considerado opinião legal para qualquer operação ou negócio específico. Direitos autorais reservados a Micheloni Adv.

Advogados responsáveis pela redação e revisão:

**Ricardo Micheloni da Silva
Patricia Van der Put
Marcus Vinicius Gontijo
Beatriz da Silva Martinho
Nadine Van der Put
Pedro Henrique Freire**

**Av. Presidente Wilson, 228 – 4 andar
Centro – Rio de Janeiro
secretaria@micheloni.com.br
(21) 97429-4347**