

## **Qual o fundamento legal para o aumento do ICMS sobre energia elétrica após a Lei Complementar 194/2022?<sup>1</sup>**

Einar Tribuci <sup>2</sup>

Rafael Kenji Tomigawa <sup>3</sup>

Em dezembro de 2021, o Superior Tribunal Federal decidiu o mérito do Recurso Extraordinário (RE) 714.139/SC, em sede de Repercussão Geral (Tema nº 745) (Recte. Lojas Americanas S.A. e Rcd. Estado de Santa Catarina), sedimentando que as alíquotas do ICMS sobre (i) operações de energia elétrica e (ii) serviços de telecomunicação não poderiam ser superiores as das operações em geral em razão do preceito da seletividade. Em razão disso, diante da essencialidade de ambos os itens, o ônus tributário atribuído a eles deve ser menor ou igual ao das operações internas, que varia de 17% a 18%, conforme definição estadual.

Não obstante o entendimento favorável aos contribuintes, o Supremo modulou os efeitos de referida decisão, de forma que ela passaria a produzir efeitos apenas a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvadas as ações ajuizadas até o início do julgamento do mérito, em 5 de fevereiro de 2021.

Todavia, logo em junho de 2022, sobreveio a Lei Complementar nº 194/2022 (LC 194/2022), que, na linha do decidido pelo STF, passou a tratar como essenciais os combustíveis, o gás natural, a energia elétrica, as comunicações e o transporte coletivo. Desse modo, ficou estipulado que as alíquotas do ICMS incidentes sobre as operações envolvendo tais mercadorias não poderiam ser superiores as das operações em geral. Apesar do evidente propósito político de dar uma resposta à alta dos combustíveis, a LC 194/2022 teve o mérito de consolidar o entendimento do STF, fomentando a segurança jurídica da situação de direito e mitigando o abuso dos governos estaduais

---

<sup>1</sup> Artigo publicado em Canal Energia. Disponível em <https://www.canalenergia.com.br/artigos/53236489/qual-o-fundamento-legal-para-o-aumento-do-icms-sobre-energia-eletrica-apos-a-lei-complementar-1942022>. Acessado em 26.01.2023

<sup>2</sup> Einar Tribuci é Sócio do Tribuci Advogados e Diretor Jurídico da ABGD

<sup>3</sup> Rafael Kenji Tomigawa é Estagiário de direito no Tribuci Advogados

ao estabelecer alíquotas excessivamente altas em produtos e serviços que se tornaram precípuos para a maioria da população.

Vinte dias após a sanção da lei federal, 17 estados e o Distrito Federal já haviam reduzido o tributo, Santa Catarina, Espírito Santo e Minas Gerais inclusive já passaram a regular expressamente a base cálculo do ICMS no que se refere aos serviços e encargos correspondentes à Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD).

No entanto, no final de 2022, os estados do Piauí (Lei Complementar nº 269, de 08/12/2022), da Bahia (Decreto nº 21.796, de 23/12/2022) e do Mato Grosso do Sul (Decreto nº 16.073, 28/12/2022) voltaram atrás e editaram legislações insistindo no reestabelecimento da alíquota majorada de ICMS sobre serviços de telecomunicação e energia elétrica, simplesmente ignorando a Lei Complementar nº 194/2022. Os dois últimos ainda voltaram a exigir o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECOP) sobre os serviços de telecomunicação e energia elétrica.

Nesse sentido, as alíquotas vigentes para 2023 são: (i) Bahia: 26% de ICMS e 2% de FECOP; (ii) Mato Grosso do Sul: 27% de ICMS e 2% de FECOP; e (iii) Piauí: 27% de ICMS. Bahia e Mato Grosso do Sul sequer respeitaram a anterioridade nonagesimal, exigindo a alíquota majorada a partir de 01.01.2023.

Tais entidades federativas se baseiam na ideia de que a modulação dos efeitos trazida pelo STF quando do julgamento do RE 714.139, que estabeleceu a eficácia pro futuro da redução da alíquota a partir do exercício financeiro de 2024, se mantém aplicável mesmo após a edição LC 194/2022. As normas instituindo o aumento inclusive citam, expressamente, as decisões do STF dentre as suas justificativas para explicar a majoração do tributo.

Dessa forma, surge a seguinte questão: a limitação das alíquotas do ICMS sobre (i) operações de energia elétrica e (ii) serviços de telecomunicação deve ocorrer desde logo, em respeito à LC 194/2022 ou seria possível que ocorresse somente no exercício financeiro de 2024, consoante o acórdão da Suprema Corte no RE 714.139/SC com repercussão geral?

A resposta do STF é clara. Ao tratar desse tema em momentos posteriores à edição da LC 194/2022, quando do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) referente a legislação específica de alguns estados, que foram ajuizadas pelo Procurador Geral da República (PGR) antes da implementação da Lei Complementar referida, o STF entendeu, primeiro, por unanimidade, pela inconstitucionalidade das normas que traziam alíquotas de ICMS superiores às alíquotas regulares para os serviços de telecomunicação e energia elétrica. Em segundo lugar, todas as decisões afirmaram a existência de modulação dos efeitos para que as reduções ocorressem a partir do exercício financeiro de 2024. Logo, a fim de evitar questionamentos sobre qual interpretação deveria prevalecer - a do STF ou a do Parlamento -, os ministros decidiram manter a modulação de efeitos, prezando pela segurança jurídica e pelo tratamento uniforme a todos os entes da federação.

Todavia, tal entendimento nos parece equivocado. Conforme aponta o Ministro André Mendonça, relator das ADIs 7112 (São Paulo), 7121 (Rio Grande do Norte), 7125 (Espírito Santo), 7128 (Bahia), com o advento da LC 194/22, as leis estaduais que exigem alíquota de ICMS sobre serviços de telecomunicação e energia elétrica em patamar superior estariam suspensas, nos termos do art. 24, §4º, da Constituição Federal, não havendo que se falar na aplicação da modulação para afetar o regulado pela LC 194/2022.

Desse modo, tendo em vista que a LC 194/2022 é uma norma geral tributária com a finalidade de regulamentar o ICMS nacionalmente e, sobretudo, garantir a aplicação do princípio constitucional da seletividade; depreende-se que as legislações estaduais contrárias tem sua eficácia suspensa, prevalecendo, desde logo, a limitação das alíquotas do ICMS previstas na Lei Complementar. Enfim, faz-se mister enfatizar que a legislação federal não suprimiu qualquer competência tributária dos estados, mas simplesmente regulou uma limitação já prevista na Constituição, vedando a tributação de produtos essenciais com alíquotas maiores do que aquelas incidentes sobre produtos não essenciais, o que é bem diferente de fixar alíquotas.

Em suma, sustentamos que com a LC 194/2022, a redução das alíquotas passa a ser imediata, um ano e meio antes do previsto pelo STF. Assim, tendo havido uma modificação superveniente no estado de fato ou de direito, tem-se uma situação jurídica nova, de forma que as leis estaduais passam a ter sua eficácia suspensa. No entanto, tal posicionamento não parece ser o majoritário no STF, que desde a edição da lei federal vem reiterando em suas decisões a aplicabilidade da modulação de efeitos, permitindo interpretação pelos estados de que as reduções das alíquotas do ICMS sobre energia elétrica e serviços de telecomunicações somente venham a ocorrer no exercício financeiro de 2024.

Apesar da preocupação de um eventual aumento das alíquotas das operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em outros estados, por força do entendimento que tem sido exarado pelo STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que versam sobre o tema, nota-se movimentação pelos estados para majoração nas alíquotas do ICMS modal. Nesse sentido, o Comitê Nacional dos Secretários da Fazenda dos estados e do DF (Comsefaz) já orientou os estados a elevar a alíquota média do ICMS em 2023 com o intuito de repor a perda de arrecadação, em virtude da LC 194/2022. Segundo o cálculo, o percentual médio a nível nacional iria de 17,5% para 21,5%.

Nesse sentido, o governo do Paraná foi o primeiro a sancionar lei com nova alíquota de ICMS, Lei 21.308/2022, passando para um percentual de 19% no estado. Os estados do Amazonas, Pará, Piauí e Sergipe também aprovaram projetos que aumentam a alíquota modal, de modo que eles aguardam apenas sanção governamental. No Pará, o projeto de lei aprovado eleva a alíquota modal de ICMS de 17% para 19%. No Piauí, a majoração foi de 18% para 21%. No Amazonas, a proposta é que a alíquota suba de 18% para 20%. Os governadores de Alagoas, Rio Grande do Norte e Roraima também já encaminharam projetos às casas legislativas.

Portanto, sim, em termos de ICMS, em alguns estados, até 2024, a energia ainda será tão essencial quanto perfume. Outrossim, com a proposta de aumento da alíquota modal do ICMS em diversos entes federativos cabe refletir quão benéfica foi a LC 194/2022 e qual será o impacto dessas alterações no orçamento do contribuinte.