

STF derruba decreto do AM que mudou ICMS sobre energia elétrica

O decreto do governo do Amazonas que atribuiu às empresas geradoras de energia elétrica a responsabilidade pela retenção do ICMS devido ao longo da cadeia econômica até o consumidor final é inconstitucional. A alteração teria de passar pelo Legislativo tanto para aprovação de lei que a permitisse, como para adesão ao convênio que permite a substituição tributária nas operações com energia elétrica.

CREA-RO



Decreto do AM incorporou estado a convênio e permitiu substituição tributária em ICMS sobre energia elétrica
CREA-RO

Com esse entendimento, o Plenário virtual do Supremo Tribunal Federal deu parcial provimento a duas ações para declarar a inconstitucionalidade do Decreto 40.628/2019 do Amazonas, que modificou as regras de recolhimento do ICMS aplicável às operações com energia elétrica.

A conclusão pela inconstitucionalidade foi unânime, conforme o voto do relator, ministro Dias Toffoli.

Por maioria de votos, o Plenário virtual ainda decidiu modular os efeitos da decisão, que só produzirá efeitos a partir do próximo exercício financeiro, em 2022. Neste ponto, ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio e Luiz Edson Fachin.

As ações ainda contestavam o trecho do decreto que substituiu a base de cálculo para o tributo, inicialmente pela Margem de Valor Agregado de 150% e depois pelo Preço Médio Ponderado (PMP), cuja apuração é feita bimestralmente mediante pesquisas conduzidas pela Secretaria da Fazenda amazonense.

Segundo a Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (Abradee), autora de uma das ADIs julgadas, esse ponto [elevou ao aumento da arrecadação do ICMS](#) em 65% e onerou toda a cadeia produtiva. Nesse ponto, as ADIs perderam objeto porque o Decreto estadual 43.280/2021 desfez a mudança, retroagindo para 2 de maio de 2019, data de publicação do primeiro decreto questionado.

“É importante ressaltar que essas interferências em concessões públicas federais, geram impactos nefastos nos contratos de concessão, na previsão de investimentos e, por consequência, na melhoria do serviço”, destacou o advogado **Thiago Lóes**, do escritório **Décio Freire Advogados**, que representou a Abradee na **ADI 6.624**.

Rosinei Coutinho/SCO/STF



Por sugestão do ministro Toffoli, STF modulou efeitos da decisão para 2022
Rosinei Coutinho/SCO/STF

Inconstitucionalidade formal

A inconstitucionalidade do Decreto 40.628/2019 reside no trecho em que incorpora a legislação tributária amazonense ao Convênio ICMS 50/2019, pelo qual o Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) permitiu aos estados adotar regime de substituição tributária nas operações com energia elétrica.

São dois problemas. Primeiro, para a instituição de substituição tributária relativamente ao ICMS, é necessária a edição de lei estadual com densidade normativa, por previsão do artigo 150, parágrafo 7º da Constituição, o que não ocorreu no caso amazonense.

O fato de a Lei Kandir (Lei Complementar 87/1996), de status federal, autorizar a substituição tributária às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica não é fundamento suficiente para se cancelar a ausência de violação do princípio da legalidade, pois ela também prevê a necessidade de lei estadual específica sobre a matéria.

Segundo, a incorporação do Convênio ICMS 50/2019 pelo Amazonas deve, também, passar pela Assembleia Legislativa local. Isso porque trata-se de um pressuposto para concessão de benefício fiscal relativo ao ICMS, o que faz com que tenha natureza autorizativa, conforme jurisprudência do STF.

"Reitere-se: somente a lei em sentido estrito pode atribuir a sujeito passivo a responsabilidade por substituição tributária relativamente ao ICMS em operações com energia elétrica", explicou o ministro Dias Toffoli.

"Afora isso, parece-me que falta submeter à Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas o Convênio



ICMS nº 50/19, por meio do qual os estados signatários acordaram em adotar o regime de substituição tributária nas operações interestaduais com energia elétrica com destino a distribuidora localizada no Estado do Amazonas", complementou.

Clique [aqui](#) para ler o voto do ministro Dias Toffoli

Clique [aqui](#) para ler o voto do ministro Marco Aurélio

ADI 6.624

ADI 6.144