



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**ABRADEE - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES
DE ENERGIA ELÉTRICA**, entidade de classe de âmbito nacional, inscrita no
CNPJ sob o nº. 00.058.328/0001-69, com endereço à ST SCN, quadra 2, bloco D,
sala 1101, s/n, Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70.712-903, vem, respeitosamente,
pelos seus procuradores subscritos, com arrimo no art. 102, I, “a”, da Constituição
Federal, bem como no art. 2º, IX, da Lei 9.868/1999, propor

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COM PEDIDO
CAUTELAR**

em face do **Decreto Estadual nº. 40.628, de 02 de maio de 2019**, editado pelo
GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS, em flagrante violação ao
texto constitucional, pelos fatos e fundamentos expostos a seguir.



1. SÍNTESE DA DEMANDA

No dia 02 de maio de 2019, foi publicado o Decreto Estadual nº. 40.628/2019, editado pelo Governador do Estado do Amazonas, que incorporou o Convênio ICMS 50/19, celebrado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, à legislação do Estado do Amazonas, mais precisamente ao Decreto nº. 20.686/99 (RICMS/AM).

Com isso, ficou instituído o **regime de substituição tributária para frente nas operações interestaduais de energia elétrica**, atribuindo às empresas geradoras de energia elétrica localizadas em Estados signatários do Convênio CONFAZ 50/19 a responsabilidade por reter o ICMS devido ao longo de toda a cadeia, até o consumidor final, ressalvada a imunidade constante do art. 155, §2º, X, “b”, da Constituição Federal.

O Decreto Estadual nº. 40.628/2019 também acrescentou ao Anexo II do RICMS/AM, incluindo-se às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, o item 29, referente à energia elétrica, acompanhada da definição de Margem de Valor Agregado (MVA) de 150%, para fins da apuração da base de cálculo do ICMS devido nas operações em questão.

Na sequência, publicou-se a Resolução GSEFAZ nº. 10/2019, que dá execução aos §§17, 18 e 19 do art. 110 do RICMS, aprovado pelo Decreto 20.686/99, e substituiu a Margem de Valor Agregado (MVA) pela metodologia de cálculo por Preço Médio Ponderado ao Consumidor Final (PMPF), cuja apuração seria realizada bimestralmente mediante pesquisas conduzidas pela SEFAZ/AM, pautada em fatores de redução referentes a perdas, saídas isentas e não tributadas.



Por fim, foi publicada mais uma Resolução, a GSEFAZ 12/2019, estabelecendo o PMPF no valor de R\$0,2683 por KWh, passando a vigor a partir de 1º de junho de 2019.

Desta forma, é possível notar que a nova sistemática de substituição tributária instituída pelo Decreto Estadual nº. 40.628/2019 não só alterou substancialmente a metodologia de arrecadação do ICMS incidente sobre as operações interestaduais de energia elétrica, como definiu padrões arbitrários de definição da base de cálculo do ICMS ao arrepio da lei, dos ditames constitucionais, dos princípios da capacidade contributiva, seletividade, dentre outros que denotam sua flagrante inconstitucionalidade, pelo que deve ser expurgado do ordenamento jurídico por determinação desta Suprema Corte.

2. TEOR DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO

DECRETO Nº 40.628, DE 02 DE MAIO DE 2019

O GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS, no uso da atribuição que lhe confere o inciso IV do art. 54 da Constituição do Estado do Amazonas, e

CONSIDERANDO a necessidade de criar sistemática que assegure a arrecadação do ICMS proveniente da comercialização de energia elétrica no Amazonas, uma vez que a empresa distribuidora estabelecida no Estado atravessa grave crise financeira;

CONSIDERANDO a autorização estabelecida no art. 328 da Lei Complementar nº 19, de 1997, que institui o Código Tributário do Estado do Amazonas, e o que mais consta do Processo n.º 01.01.011101.00003321.2019,



DECRETA:

Art. 1º Ficam acrescentados os dispositivos abaixo relacionados ao Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 20.686, de 1999, com as seguintes redações:

I – os §§ 17, 18 e 19 ao art. 110:

“§ 17. Fica atribuída às empresas geradoras de energia elétrica, na condição de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente nas operações subsequentes com energia elétrica, gerada por qualquer modalidade, ainda que por terceiros, sem prejuízo do disposto no art. 111-A.

§ 18. O disposto no § 17 aplica-se às operações interestaduais com energia elétrica com destino à distribuidora localizada no Amazonas cujo estado de localização do contribuinte remetente seja signatário de convênio que lhe atribua a responsabilidade de retenção e recolhimento do ICMS devido ao estado do Amazonas.

§ 19. O disposto no § 17 não se aplica às operações internas entre empresas geradoras de energia elétrica, subsistindo a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS Substituição Tributária à empresa que efetuar a saída para a distribuidora.”;

II – o item 29 ao Anexo II-A:

ITEM	DESCRIÇÃO	NCM	CEST	MVA
29.	Energia elétrica	2716.00.00	07.001.00	150%

Art. 2º Fica incorporado à legislação tributária do Estado o Convênio ICMS 50/19, de 5 de abril de 2019, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com energia elétrica (Anexo VIII) nos termos do Convênio ICMS 142/18, que dispõe sobre os regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do ICMS com encerramento de tributação, relativos ao imposto devido pelas operações subsequentes, publicado no Diário Oficial da União em 9 de abril de 2019.



GABINETE DO GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS,
em Manaus, 02 de maio de 2019.

Publicado no DOE de 2.5.2019, Poder Executivo, p.1.

3. DAS INCONSTITUCIONALIDADES APONTADAS

Consoante será demonstrado nos tópicos subsequentes, o Decreto Estadual nº. 40.628/19 está acometido de inconstitucionalidade por violação a diversos dispositivos do texto constitucional, destacando-se:

- ✓ **Art. 150, I**, por majorar tributo em inobservância da reserva legal;
- ✓ **Art. 150, III, “b” e “c”**, por violar as garantias da anterioridade anual e nonagesimal;
- ✓ **Art. 150, §6º**, por incorporar disposições firmadas em Convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, sem submissão prévia ao Poder Legislativo;
- ✓ **Art. 150, §7º**, por dispor sobre substituição tributária, violando a reserva legal;
- ✓ **Art. 155, §2º**, por violar os ditames do princípio da seletividade;
- ✓ **Art. 145, §1º**, por violar o princípio da capacidade contributiva;
- ✓ **Art. 150, IV**, por violar a vedação ao confisco;

Demonstrada, portanto, a imprescindibilidade desta Ação Direta de Inconstitucionalidade, para afastar a violação das normas mencionadas, decorrentes das disposições instituídas pelo Decreto sob exame.



4. DAS PRELIMINARES DE MÉRITO

4.1. DA LEGITIMIDADE ATIVA DA AUTORA

A legitimidade para propositura das ações constitucionais está disposta no art. 103, da Constituição Federal, que enumera rol taxativo de legitimados, dentre os quais figuram as entidades de classe de âmbito nacional (art. 103, IX, CF/88).

Além da previsão expressa no texto constitucional, a jurisprudência desta Suprema Corte¹ exige que as entidades de classe demonstrem o preenchimento dos seguintes requisitos: **(i)** homogeneidade entre os membros integrantes da entidade; **(ii)** representatividade da categoria em sua totalidade e comprovação do caráter nacional da entidade, pela presença efetiva de associados em, pelo menos, nove estados-membros e **(iii)** pertinência temática entre os objetivos institucionais da entidade postulante e a norma objeto da impugnação.

¹ AGRAVO REGIMENTAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEIS 323/2016 E 491/2018 DO MUNICÍPIO DE FORMOSA-GO. DISCIPLINA DO SERVIÇO DE MOTOTÁXI NO ÂMBITO MUNICIPAL. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS ARTIGOS 1º, III; 2º; 5º, CAPUT, II, XIII, XX, XXXVI, LIV E § 1º; 22, XI; E 60, § 4º, III E IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO PROPOSTA POR ASSOCIAÇÃO QUE PRETENDE CONGREGAR SERVIDORES DE CATEGORIAS DISTINTAS. INEXISTÊNCIA DE HOMOGENEIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO CARÁTER NACIONAL DA ENTIDADE. INEXISTÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA EM RELAÇÃO AO CONTEÚDO DAS LEIS IMPUGNADAS. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A Constituição de 1988 ampliou consideravelmente a legitimidade ativa para provocar o controle normativo abstrato, reforçando a jurisdição constitucional por meio da democratização das suas vias de acesso. No caso de entidades de classe de âmbito nacional, a legitimidade deve observar três condicionantes procedimentais: **a) homogeneidade entre os membros integrantes da entidade** (ADI 108-QI, rel. min Celso de Mello, Plenário, DJ de 5/6/1992; ADI 146, rel. min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ de 19/12/2002); **b) representatividade da categoria em sua totalidade e comprovação do caráter nacional da entidade, pela presença efetiva de associados em, pelo menos, nove estados-membros** (ADI 386, rel. min. Sydney Sanches, Plenário, DJ de 28/6/1991; e ADI 1.486-MC, rel. min. Moreira Alves, Plenário, DJ de 13/12/1996); e **c) pertinência temática entre os objetivos institucionais da entidade postulante e a norma objeto da impugnação** (ADI 1.873, rel. min. Marco Aurélio, Plenário, DJ de 19/9/2003). (STF, AgR ADPF: 566/GO – Goiás 0018401-94.2019.1.00.0000, Rel. Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 23/08/2019; Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-195 09/09/2019).



Primeiramente, no que tange ao requisito da **representatividade**, cumpre notar que a Autora é pessoa jurídica de direito privado, constituída sob a forma de Associação Civil, sem fins lucrativos, cujo objeto social compreende a representação de seus associados, judicial e extrajudicialmente, a prestação de serviços de apoio, a promoção de estudos e pesquisas, realização de acordos e convênios, entre outras atribuições em defesa dos interesses das empresas **Distribuidoras de Energia Elétrica**, conforme o Estatuto Social anexo (**Doc. 01**).

Dentre as atividades desempenhadas em caráter contínuo pela ABRADÉE, destacam-se:

- ✓ Manutenção de sistemas de informações de gestão, tanto das associadas quanto da Abradee;
- ✓ Realização anual, em âmbito nacional, de Pesquisa para conhecer o grau de satisfação dos clientes em relação à qualidade dos serviços prestados pelas associadas;
- ✓ Premiação anual das melhores empresas de distribuição;
- ✓ Realização de Seminários de melhores práticas e coordenação de processos de benchmarking;
- ✓ Coordenação de Grupos de Trabalho sobre temas de interesse;
- ✓ Promoção e apoio a eventos de interesse das associadas;
- ✓ Coordenação em projetos de elaboração/revisão de normatização técnica nas áreas da distribuição de energia elétrica;
- ✓ Elaboração/divulgação de Estudos em todas as áreas da Distribuição;
- ✓ Prestação de Assessoramento Jurídico para as associadas, tanto de forma direta quanto por contratação;
- ✓ Manutenção (status de “Membro Mantenedor”) do Comitê Brasileiro de Eletricidade – CB3 da Associação Brasileira de Normas Técnicas;
- ✓ Manutenção de relacionamento com organizações do setor, tanto nacional quanto internacionalmente.



Atualmente, reúne 40 concessionárias, estatais e privadas, localizadas em todos os estados brasileiros, com exceção do Amapá, responsáveis pelo fornecimento de energia elétrica a 99,6% dos consumidores brasileiros², o que não deixa qualquer dúvida sobre seu caráter nacional, restando preenchido o requisito constante do item **(ii)**, supra mencionado.

Com relação à **homogeneidade** da representação, também resta preenchido o requisito, na medida em que o quadro social da Autora é constituído unicamente por Concessionárias Distribuidoras de Energia Elétrica, não tendo qualquer outra associada que não compartilhe dos mesmos interesses homogêneos. Vale dizer, a Autora não é “associação de associações”, para utilizar expressão manejada no curso da ADIn nº 79-DF, cujo relator foi o Exmo. Ministro Celso de Mello, mas enquadra-se com perfeição na hipótese de legitimação ativa das entidades de classe.

Por fim, acerca da **pertinência temática**, verifica-se que a legislação impugnada impacta diretamente na forma de apuração do ICMS incidente sobre as operações interestaduais de energia elétrica, haja vista que cria sistemática de substituição tributária para frente, alterando a metodologia de apuração da base de cálculo do imposto.

Com isso, majora-se o custo da energia elétrica para os consumidores finais e impõe-se uma série de prejuízos às Distribuidoras de Energia Elétrica, que por não mais possuírem a responsabilidade de retenção do ICMS, não conseguem utilizar seus créditos acumulados.

² Informações disponíveis no endereço eletrônico: <https://www.abradee.org.br/abradee-institucional/associadas/>



Ademais, ficam sujeitas a carga tributária que não reflete o montante total de energia elétrica consumida, existindo inegável divergência entre tais valores e o Preço Médio Ponderado ao Consumidor Final (PMPF), tido como parâmetro para cobrança do ICMS, o que em última instância, acarreta o enriquecimento ilícito do Estado.

Assim, demonstrado o impacto que a edição do Decreto Estadual nº. 40.628/2019 tem causado às empresas Distribuidoras de Energia, em razão dos vícios que o maculam, a Autora, enquanto representante judicial do setor, possui inquestionável pertinência temática para discutir a sua inconstitucionalidade, perante este Supremo Tribunal.

Apenas a título ilustrativo, vale notar que a legitimidade da Autora enquanto entidade de classe já foi reconhecida em diversas oportunidades por esta C. Corte, tais como na ADI 3905, ADI 5610, ADI 5798, ADPF 133, ADPF 452, entre tantas outras.

Por todo o exposto, resta comprovada a legitimidade passiva da Autora para o ajuizamento da presente demanda, com fulcro no art. 103, IX, da CF/88, e art. 2º, IX, da Lei 9.868/1999.

4.2. DO CABIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Consoante redação do art. 102, I, “a”, da CF/88, caberá Ação Direta de Inconstitucionalidade em face de lei ou ato normativo federal ou estadual. Ou seja, poderão ser impugnadas por ADI não só a lei em sentido estrito, mas todas as espécies de atos normativos elencados no rol do art. 59, da Constituição Federal.



Ressalta-se, neste contexto, que não se trata de rol taxativo, eis que esta c. Corte tem admitido, em pacífica jurisprudência, a utilização da Ação Direta de Inconstitucionalidade para questionar atos do Poder Executivo que sejam dotados de abstração e generalidade. É o caso da ADI 3206³, em que o Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação pra declarar a inconstitucionalidade da Portaria nº. 160, de 13 de abril de 2004, editada pelo Ministro de Estado do Trabalho e do Emprego.

Na presente demanda, considerando que o Decreto Estadual nº. 40.628/2019 usurpa competência de lei em sentido estrito, incorporando Convênio à legislação estadual e majorando o ICMS pela incidência da Margem de Valor Agregado (MVA), **inquestionável é a sua abstração e generalidade**, de modo que amolda-se às hipóteses de cabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Neste contexto, não se olvida a vedação existente para impugnação de Decreto Regulamentar por Ação Direta de Inconstitucionalidade, haja vista que não se trataria de controle de constitucionalidade, mas de controle de legalidade. Ora, se o decreto destina-se definir os contornos da lei que regulamenta, conferindo-lhe adequada interpretação, fato é que eventual irregularidade deve ser questionada em face do próprio texto legal, a exemplo do que restou decidido no julgamento da ADI 4409⁴.

³ Ementa. CONTRIBUIÇÕES - CATEGORIAS PROFISSIONAIS - REGÊNCIA - PORTARIA - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. A regência das contribuições sindicais há de se fazer mediante lei no sentido formal e material, conflitando com a Carta da República, considerada a forma, portaria do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, disciplinando o tema.

Decisão **O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Portaria nº 160, de 13 de abril de 2004, do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego.**

(STF, ADI 3206 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Publicação: 26/08/2005)

⁴ Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E COMPETÊNCIA CONCORRENTE (CF, ART. 24, XI). DISPOSITIVOS DA LEI 10.705/2000 DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE REGULAMENTAM A INTERVENÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA NOS PROCESSOS DE



Contudo, no caso em tela, **não se vislumbra qualquer finalidade regulamentar, pelo contrário, o Decreto Executivo nº. 40.628/19 foi editado em substituição à lei**, veículo imprescindível para dispor sobre majoração de tributo, substituição tributária e incorporação do Convênio CONFAZ 50/19, o que impede a sua categorização enquanto Decreto Regulamentar.

Demonstrado, portanto, o cabimento desta ação para se declarar a inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº. 40.628/19, que padece de vícios formais e materiais, na forma das razões que passa a expor.

5. DAS RAZÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE

5.1. VIOLAÇÃO DA ESTRITA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 150, I, §§6º e 7º, CF/88.

Conforme já explanado nos tópicos precedentes, o Decreto Estadual nº. 40.628/19, editado pelo Governador do Amazonas, tem por objeto a incorporação das disposições do Convênio CONFAZ 50/19 à legislação do Estado, mais precisamente ao Decreto nº. 20.686/99 (RICMS/AM), para instituir a

INVENTÁRIO E ARROLAMENTO PARA COBRANÇA DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO “CAUSA MORTIS” E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS E DIREITO - ITCMD. LEGÍTIMO EXERCÍCIO ESTADUAL DE COMPETÊNCIA COMPLEMENTAR EM MATÉRIA PROCEDIMENTAL. 1. Os legitimados listados no art. 103, I a VII, da Constituição têm capacidade postulatória na ação direta de inconstitucionalidade. A exigência de procuração com poderes específicos e indicação do ato normativo impugnado é vício sanável. 2. **A ação direta de inconstitucionalidade é o meio processual inadequado para o controle de decreto regulamentar de lei estadual (Decreto 46.655/2002).** 3. Disposições legais sobre a forma de cobrança do ITCMD pela Procuradoria-Geral do Estado, e de sua intervenção em processos de inventário, arrolamento e outros de interesse da Fazenda Pública, são regras de procedimento que complementam as normas previstas no Código de Processo Civil, conforme previsto no artigo 24 da Constituição Federal. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

(ADI 4409, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 22-10-2018 PUBLIC 23-10-2018)



responsabilidade das empresas geradoras de energia elétrica situadas em outros Estados da Federação pela retenção do ICMS devido ao Estado do Amazonas nas operações com energia elétrica.

Com isso, estabelece a sistemática da substituição tributária para frente e cria Margem de Valor Agregado (MVA) de 150%, como estimativa do preço da energia elétrica que chegará ao consumidor final, para fins de apuração do ICMS incidente sobre toda a cadeia.

A celebração do Convênio encontra respaldo legal no art. 155, §2º, XII, “g”, da CF/88 e possui eficácia condicionada à edição de lei específica por cada um dos Estados signatários, na forma do art. 150, §6º, da CF/88. *In verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
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;(...)

XII - **cabe à lei complementar:**

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, **só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)



Sobre o tema, não se olvida o posicionamento de parte da doutrina que defende a natureza impositiva dos Convênios celebrados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Nesta concepção, interpreta-se a alínea “g”, XII, §2º, art. 155 como sendo bastante que a Lei Complementar 24/75 tenha previsto a edição dos Convênios, a quem caberia disciplinar as matérias concernentes às benesses do ICMS, cabendo aos Estados signatários apenas ratificá-los mediante Decreto.

Contudo, prevalece a interpretação contrária, subsidiada pela jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual os Convênios **possuem natureza meramente autorizativa**, cabendo a cada Estado signatário decidir-se sobre a incorporação ou não dos benefícios em seu território, o que deveria ser feito necessariamente mediante lei específica.

Este é o posicionamento defendido por **Paulo de Barros Carvalho**, ao enunciar que “(...) aprovado o benefício, cabe a cada pessoa política implantá-lo em seu território, evitando-se, com isso, que qualquer deles seja ‘obrigado’ a conceder benefício contra sua vontade”.⁵

No mesmo sentido, reproduz-se as brilhantes palavras de **Roque Antônio Carraza** (2015), que é certo ao enunciar que o Poder Executivo não possui competência para dispor sobre as matérias reservadas à deliberação do CONFAZ, sendo necessário que o Poder Legislativo ratifique, por lei, as disposições autorizadas nos Convênios firmados.

⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 74.



Assentadas estas premissas, fica fácil proclamar que **convênio não é lei em sentido estrito, nem o CONFAZ órgão legislativo**. Os funcionários do Poder Executivo que o integram não podem, a pretexto de dispor sobre isenções de ICMS, “legislar” a respeito. **É o Poder Legislativo de cada Estado e do Distrito Federal - onde têm assento os representantes do povo local - que, ratificando o convênio, as concederá.**

(...)

Isto tudo nos permite concluir que não é o convênio que concede a isenção de ICMS. Ele apenas permite que o Legislativo de cada Estado e do Distrito Federal venha a fazê-lo.⁶

Este é o entendimento firmado por esta Suprema Corte, a exemplo do que restou consignado no julgamento do RE 579.630/RN. Transcreve-se:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. BENEFÍCIOS FISCAIS. REMISSÃO, MEDIANTE DECRETO DO GOVERNADOR DE ESTADO. INCONSTITUCIONALIDADE. **NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA. PRECEDENTES.**

1. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que a concessão de benefícios fiscais relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços pressupõe não somente a autorização por meio de convênio celebrado entre os Estados e o Distrito Federal, nos termos da Lei Complementar nº 24/1975, mas também da edição de lei em sentido formal de cada um daqueles entes.**

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 579630 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, DJe-207 DIVULG 27-09-2016 PUBLIC 28-09-2016)

⁶ CARRAZZA, Roque Antônio. ICMS. 17ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 618.



Também em recente julgamento da ADI 5929, sob relatoria do Il. Ministro Edson Fachin, reiterou-se a natureza autorizativa do Convênio CONFAZ, o que denota a imprescindibilidade da submissão das disposições ali firmadas à deliberação do Poder Legislativo de cada ente signatário.

CONCESSÃO INCENTIVO FISCAL DE ICMS. NATUREZA AUTORIZATIVA DO CONVÊNIO CONFAZ. 1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESPECÍFICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA. 2. TRANSPARÊNCIA FISCAL E FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA-ORÇAMENTÁRIA.

1. O poder de isentar submete-se às idênticas balizas do poder de tributar com destaque para o princípio da legalidade tributária que a partir da EC n.03/1993 adquiriu destaque ao prever lei específica para veiculação de quaisquer desonerações tributárias (art.150 §6º, in fine).

2. Os convênios CONFAZ têm natureza meramente autorizativa ao que imprescindível a submissão do ato normativo que veicule quaisquer benefícios e incentivos fiscais à apreciação da Casa Legislativa.

3. A exigência de submissão do convênio à Câmara Legislativa do Distrito Federal evidencia observância não apenas ao princípio da legalidade tributária, quando é exigida lei específica, mas também à transparência fiscal que, por sua vez, é pressuposto para o exercício de controle fiscal-orçamentário dos incentivos fiscais de ICMS.

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

(ADI 5929, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 14/02/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 05-03-2020 PUBLIC 06-03-2020)



Considerando que, no Estado do Amazonas, não foi editada qualquer lei para a incorporação das disposições firmadas no Convênio CONFAZ 50/19, mas tão somente o Decreto nº. 40.628/2019, fica evidenciada a sua inconstitucionalidade, pela violação ao princípio da legalidade estrita, nos termos dos julgados colacionados.

Não bastasse, o referido Decreto ainda viola o princípio da legalidade ao introduzir sistemática que majora o ICMS devido nas operações de energia elétrica, onerando a mercadoria para o consumidor final e incorrendo em indubitável inconstitucionalidade.

Ora, em momento anterior à edição do Decreto Estadual nº. 40.628/2019, prevalecia a redação do art. 12, I, a, do Regulamento do ICMS do Estado do Amazonas, que previa a alíquota de 25% para operações com energia elétrica, entre outras, em função de sua essencialidade.

Após a sua edição, introduziu-se nova metodologia de apuração do imposto, que passou a considerar Margem de Valor Agregado de 150%, supostamente capaz de estimar o valor da energia elétrica quando destinada ao consumidor final.

Ocorre que, ao contrário do que se pode pensar *a priori*, **não se trata apenas de alteração no método de cálculo, mas de verdadeira majoração do ICMS**. Basta notar que no ano de 2019, **a arrecadação do ICMS cresceu 65,27%, saltando de R\$349 para R\$576,8 milhões de reais**.



MANAUS – Em 2019, a arrecadação de ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) sobre o consumo de energia elétrica no Amazonas aumentou 65,27% em comparação ao ano anterior, segundo a Sefaz (Secretaria de Estado de Fazenda). Apesar da alta na apuração do imposto sobre a energia, o aumento do ICMS, incluindo todos os setores, alcançou 8,65%.

No caso da energia elétrica, que compõe o setor industrial, a arrecadação do ICMS em 2018 no estado foi de R\$ 349 milhões. No ano passado, o número saltou para R\$ 576,8 milhões.

Para a Sefaz, o aumento resultou da adesão do estado ao Convênio ICMS 50/19, do Confaz (Conselho Nacional de Política Fazendária), que trata do regime de substituição tributária. Com a mudança, o imposto passou a ser recolhido na origem e não mais no destino, como se fazia anteriormente.⁷

Ademais, há que se considerar que a majoração do ICMS decorrente do cálculo pela Margem de Valor Agregado (MVA), ou pelo Preço Médio Ponderado ao Consumidor Final (PMPF), apenas poderia ser repassado de forma integral ao consumidor final em um sistema devidamente calibrado, o que não se verifica faticamente, onerando toda a cadeia envolvida nas operações com energia elétrica.

De qualquer modo, patente que qualquer majoração do ICMS apenas poderá ser realizada com a edição de lei, na forma estabelecida pelo art. 150, I, da CF/88, o que demonstra a flagrante inconstitucionalidade que acomete o Decreto Estadual nº. 40.628/2019.

⁷ Disponível em < <https://amazonasatual.com.br/governo-do-amazonas-aumenta-receita-de-icms-com-energia-eletrica-em-6527/>> Último acesso em 16 de novembro de 2020.



Por fim, ressalta-se ainda que, por dispor sobre substituição tributária, a matéria tratada no Decreto Estadual nº. 40.628/2019 deveria ter sido veiculada por lei, na forma em que determina o art. 150, §7º, da CF/88. *In verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

§ 7º **A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente**, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

Desta forma, por todo o exposto, verifica-se que o Decreto Estadual nº. 40.628/2019 viola flagrantemente o **princípio da legalidade**, seja porque incorpora Convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, **violando a disposição do art. 150, §6º, da CF/88**; seja porque **majora o ICMS, violando disposição do art. 150, I, da CF/88**; ou seja porque dispõe sobre **substituição tributária, violando disposição do art. 150, §7º da CF/88**, devendo por todas essas razões, ser declarado inconstitucional por esta Suprema Corte.

5.2. VIOLAÇÃO À ANTERIORIDADE ANUAL E NONAGESIMAL

A segurança jurídica é um dos pilares fundantes do direito e se manifesta no Direito Tributário ao lado do princípio da não-surpresa, pelas garantias da anterioridade anual e da anterioridade nonagesimal.

Em sua redação originária, a Constituição da República assegurava ao ICMS apenas a garantia da anterioridade anual, segundo a qual a majoração realizada no exercício só poderia ser exigida no exercício subsequente. Verificada



a fragilidade de tal disposição, a Emenda Constitucional nº. 42/2003 estendeu para o imposto também a garantia da anterioridade nonagesimal, até então aplicável apenas às contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

Assim, com exceção do ICMS monofásico sobre combustíveis, cujas alíquotas poderão ser restabelecidas com inobservância da anterioridade anual, demais majorações concernentes ao ICMS deverão respeitar necessariamente o lapso temporal de noventa dias, contados da publicação da lei que instituir ou majorar o tributo, cujo cumprimento apenas poderá ser exigido no exercício subsequente, na forma do art. 150, III, alíneas “b” e “c” da CF/88⁸.

Pois bem. Conforme demonstrado nos tópicos precedentes, a instituição de Margem de Valor Agregado (MVA) de 150% pelo Decreto Estadual nº. 40.628/2019, seguida pela Resolução GSEFAZ nº. 10/2019, que substituiu o MVA pelo Preço Médio Ponderado (PMPF), implicou verdadeira majoração do ICMS incidente sobre as operações de energia elétrica. Isso porque criou valor fictício para fins de apuração da base de cálculo do imposto, que excede o valor da energia elétrica, caso permanesse sofrendo a incidência da alíquota de 25% antes prevista pela legislação do Estado.

Ademais, segundo estudo apresentado pelo Diretor-Geral da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) André Pepitone, em Audiência Pública realizada na Comissão de Minas e Energia da Câmara dos Deputados

⁸ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - cobrar tributos:

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;



(Requerimento 57/2019), o impacto financeiro decorrente da sistemática da substituição tributária traria um impacto de 0,24% para todos os consumidores do país, o que revela incontestável majoração do ICMS.

Considerando que o Decreto Estadual nº. 40.628/2019 foi publicado no dia 02/05/2019 com eficácia imediata, resta demonstrada a inconstitucionalidade decorrente da **violação às garantias da anterioridade anual e nonagesimal, insculpidas no art. 150, III, “b” e “c”, da CF/88.**

5.3. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO SELETIVIDADE, DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DA VEDAÇÃO AO CONFISCO

O art. 155, §2º, III, da CF/88 determinou a seletividade de forma facultativa para o ICMS, de modo a incentivar a adoção, pelos legisladores estaduais, de percentuais diferenciados para produtos essenciais, de modo que se tornassem menos onerosos aos contribuintes, quando comparados aos produtos supérfluos.

O princípio da seletividade está diretamente associado ao princípio da capacidade contributiva, delineada no art. 145, §1º, da CF/88, que determina a graduação dos impostos segundo à capacidade econômica do contribuinte, numa lógica alinhada aos ditames da igualdade material e da redistribuição de renda.

Partindo dessas premissas, cumpre observar a redação do art. 12, do Regulamento do ICMS do Estado do Amazonas:

Art. 12. As alíquotas, seletivas em **função da essencialidade** dos produtos ou serviços, são as seguintes:



I - nas operações e prestações internas:

a) **vinte e cinco por cento** para automóveis de luxo; iates e outras embarcações ou aeronaves de esporte, recreação e lazer; armas e munições; jóias e outros artigos de joalheria; álcoois carburantes, gasolinas e gás natural em qualquer estado ou fase de industrialização, exceto o GLGN; querosene de aviação e **energia elétrica**;

Em suposta observância do princípio da seletividade, graduando as mercadorias conforme sua essencialidade, a legislação do Estado do Amazonas definiu a alíquota de 25% para as operações com energia elétrica, ao lado de produtos como automóveis de luxo, iates e artigos de joalheria. **Logo se vê que a energia elétrica é tida como artigo supérfluo, em absoluta dissonância com a essencialidade que representa hodiernamente.**

Ora, o acesso à energia elétrica, mais do que um produto essencial, já está compreendido no núcleo da dignidade humana, dada sua relevância para o desempenho das atividades da vida. Não obstante, a carga tributária incidente sobre o produto no Estado do Amazonas, que já era exorbitante, fixada à alíquota de 25%, alcançou ainda maior elevação, com a instituição da Margem de Valor Agregado de 150%, o que não deixa dúvidas acerca da inconstitucionalidade do Decreto que a veicula. Sobre o tema, já decidiu esta Suprema Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA E DE TELECOMUNICAÇÕES. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. PRINCÍPIO DE SELETIVIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.



I – Não obstante a possibilidade de instituição de alíquotas diferenciadas, tem-se que a capacidade tributária do contribuinte impõe a observância do princípio da seletividade como medida obrigatória, evitando-se, mediante a aferição feita pelo método da comparação, a incidência de alíquotas exorbitantes em serviços essenciais.

II – No caso em exame, o órgão especial do Tribunal de origem declarou a **inconstitucionalidade da legislação estadual que fixou em 25% a alíquota sobre os serviços de energia elétrica** e de telecomunicações – serviços essenciais – porque o legislador ordinário não teria observado os princípios da essencialidade e da seletividade, haja vista que estipulou alíquotas menores para produtos supérfluos.

III – Estabelecida essa premissa, somente a partir do reexame do método comparativo adotado e da interpretação da legislação ordinária, poder-se-ia chegar à conclusão em sentido contrário àquela adotada pelo Tribunal a quo.

IV – Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 634457 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014)

O vício de inconstitucionalidade decorre não só da violação ao princípio da seletividade, como também do princípio da capacidade contributiva (art. 145, §1, da CF/88) e da vedação ao confisco (art. 150, IV, CF/88), eis que a energia elétrica não é produto que se restringe a determinado público ou classe social, mas é de uso essencial para todos, de modo que para todos também deve ser acessível.

Com base no aduzido, também deve ser declarada a inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº. 40.628/2019, por **subverter o princípio da seletividade e ferir os princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco**, na medida em que onera sobremaneira as operações interestaduais com energia elétrica.



6. DO PEDIDO CAUTELAR

A medida cautelar de que trata o art. 10 e ss. da Lei 9868/1999 poderá ser concedida caso demonstrados a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e perigo de dano (*periculum in mora*).

O primeiro requisito, concernente à **probabilidade do direito**, restou devidamente preenchido pelos robustos fundamentos deduzidos nos tópicos precedentes, que comprovam a violação do princípio da legalidade estrita, da anterioridade (anual e nonagesimal), da seletividade, da capacidade contributiva e da vedação ao confisco pelo Decreto Estadual nº. 40.628/2019, na medida em que incorporou as disposições do Convênio 50/19 ao RICMS/AM, instituiu o regime de substituição tributária para frente, e majorou a incidência do ICMS sobre as operações interestaduais de energia elétrica, com base na metodologia de cálculo que considera a aplicação de Margem de Valor Agregado (MVA) de 150%.

O requisito do **perigo de dano**, por sua vez, decorre da imediata exigência das disposições constantes do Decreto nº. 40.628/19 pelo Estado do Amazonas, sob pena da criação de óbices à renovação das Certidões de Regularidade Fiscal dos contribuintes, da inscrição de seus nomes em cadastros de inadimplência, a exemplo do CADIN, da inscrição dos valores que porventura deixem de ser recolhidos em dívida ativa, e da utilização de todos os meios coercitivos decorrentes da compulsoriedade das obrigações tributárias.

Neste contexto, a concessão da medida cautelar releva-se enquanto meio hábil a afastar a cobrança inconstitucional do ICMS sobre as operações interestaduais de energia elétrica, na forma determinada pelo Decreto Estadual nº.



40.628/19, evitando a sujeição dos contribuintes à penosa lógica do *solve et repete*, na medida em que teriam que aguardar o julgamento definitivo da demanda, para então compensar ou ter restituídos os valores recolhidos indevidamente.

Preenchidos os requisitos, o deferimento da medida cautelar é medida de que se impõe.

7. PEDIDOS

Por todo o exposto, a Autora requer

a) Seja, na forma dos arts. 10 e 11 da Lei nº. 9868/99, concedida a medida cautelar para suspender a eficácia dos artigos 1º e 2º do Decreto Estadual nº. 40.628, de 02 de maio de 2019, do Estado do Amazonas;

b) Seja, ao final, julgada procedente a presente ação direta, para declarar a inconstitucionalidade *ex tunc*, dos artigos 1º e 2º do Decreto Estadual nº. 40.628, de 02 de maio de 2019, do Estado do Amazonas;

c) Sejam solicitadas as informações ao Governador do Estado do Amazonas, na forma do 6º da Lei 9.868/99, bem como sejam ouvidos o Advogado Geral da União e o Procurador Geral da República, nos termos do art. 8º da já mencionada Lei 9.868/99.

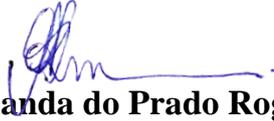


Por derradeiro, com arrimo no art. 236, §1º do CPC, protesta pelo cadastramento do patrono **DÉCIO FLÁVIO GONÇALVES TORRES FREIRE**, advogado inscrito nos quadros da **OAB/MG** sob o n. **56.543**, endereço eletrônico: tributario@deciofreire.com.br, **para fins de recebimento de intimações, sob pena de nulidade do ato.**

Termos em que pede deferimento.

Belo Horizonte, 01 de dezembro de 2020.

Décio Freire
OAB/MG n. 56.543


Amanda do Prado Rogério
OAB/MG n. 200.881

Gustavo De Marchi
OAB/MG 56.543

Thiago Vilar do Lóes Moreira
OAB/DF 30.365