

## Três motivos para ficarmos de olho no julgamento do STF sobre ICMS de energia e telecom

Está sob análise do Supremo Tribunal Federal (STF) a alíquota de 25% de ICMS fixada pelo estado de Santa Catarina sobre o fornecimento de energia elétrica e serviços de comunicação. O que se analisa no processo que está sob vistas do ministro Gilmar Mendes é se há, nesse caso, violação aos princípios constitucionais da seletividade e da essencialidade. A seletividade em matéria tributária nos impostos que incidem sobre o consumo é expressamente prevista no texto constitucional:

- a) **Art. 153, § 3º, inc. III**, estabelecendo que o IPI será seletivo em função da essencialidade do produto; e,
- b) **Art. 155, § 2º, inc. III**, que dispõe que o ICMS **poderá** ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e serviços.

A expressão **poderá**, empregada no art. 155, § 2º, inc. III, da CF/88 sugere que a adoção da seletividade no âmbito do ICMS é facultativa, diversamente do que ocorre com o IPI, na qual é obrigatória. Admitida a seletividade no ICMS a opção estaria em empregar alíquotas diferenciadas, maiores e menores, que a alíquota padrão, para diferentes produtos e serviços.

O critério a balizar a seletividade tributária, no ICMS e no IPI, será, segundo texto constitucional, a essencialidade dos produtos e dos serviços, que nesses tributos pode ser alcançada através de outros mecanismos ou técnicas de alteração da carga tributária, além do sistema de alíquotas diferenciadas. A título de exemplo pode-se citar emprego de reduções de base de cálculo; créditos presumidos; concessão de isenções, entre outros métodos de dosimetria da carga fiscal.

A questão que se abre na interpretação do dispositivo constitucional é exatamente como se adotar a seletividade tributária a partir da definição do que venha a ser mercadoria ou serviço essencial. Definir o que venha a ser essencial não é tão simples. Trata-se de conceito fluido, impreciso e mutável no tempo e no espaço. Pode ser entendido como algo cujo consumo seja indispensável à subsistência dos indivíduos (alimentos, tratamento médico, remédios, vestuário, moradia). Não houve da parte do legislador infraconstitucional, especialmente, no tocante ao ICMS, quando da edição da Lei Complementar nº 87/96, a fixação de parâmetros definidores desse conceito semanticamente aberto, ficando reservado aos Estados e ao Distrito Federal a competência para tratar dessa matéria de forma direta em suas respectivas legislações atendidos os preceitos gerais estabelecidos na Carta Magna.

Usualmente as unidades federadas adotam a técnica de nominar nas respectivas leis os produtos e serviços submetidos a cargas tributárias diferenciadas, seguindo um critério de discricionariedade. Os itens de consumo das classes de menor poder aquisitivo sofrem menor carga tributária ou sequer são tributados, a exemplo dos alimentos que integram a "cesta básica", ao passo que as maiores alíquotas são reservadas aos produtos de consumo supérfluo, das classes de maior poder aquisitivo.

Utiliza-se também a sistemática de tributação diferenciada para um mesmo produto em razão da condição econômica do destinatário. Esta técnica diferenciada é empregada, por exemplo, na energia elétrica: alíquota reduzida (12%) para "*operações com energia elétrica de consumo domiciliar, até os primeiros 150 Kw*" e para "*operações com*

*energia elétrica destinada a produtor rural e cooperativas rurais redistribuidoras, na parte que não exceder a 500 Kw (...) mensais por produtor rural", conforme previsto na Lei nº 10.297/1996, do Estado de Santa Catarina. Prescrições normativas diferenciando carga tributária para um mesmo produto são frequentes nas legislações de todos os Estados e do Distrito Federal.*

Atualmente as questões em torno da seletividade no ICMS passaram a assumir maior relevância visto que tramita no STF, já em fase de julgamento, o Recurso Extraordinário nº 714.139/SC, em que se discute, em tese de repercussão geral, a constitucionalidade da previsão de alíquotas de ICMS para serviços de energia elétrica e telecomunicações, superiores às alíquotas gerais, usualmente aplicadas às demais mercadorias (normalmente estabelecidas em 17% ou 18%). Neste recurso se examina a validade da previsão contida na legislação de ICMS de Santa Catarina que fixa para operações com energia elétrica e comunicação alíquota de 25%, superior a incidente na generalidade das operações internas naquele estado.

O feito foi submetido a julgamento virtual em 05/02/21, com voto do relator, Min. Marco Aurélio, pelo provimento do recurso. A relatoria entendeu que embora a seletividade no caso do ICMS não seja obrigatória, uma vez adotada pela lei estadual, só se pode admitir que a carga tributária seja estabelecida na razão inversa da essencialidade da mercadoria. O legislador poderia ter utilizado uma única alíquota para todas as mercadorias tributadas, mas se optou por percentuais distintos para operações com mercadorias diversas, o tributo sobre a energia elétrica deve obrigatoriamente ser menor do que o incidente nas operações com mercadorias menos essenciais.

Para fins de repercussão geral, o Min. Marco Aurélio propôs a seguinte tese: *"Adotada, pelo legislador estadual, a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços".*

Na sessão de julgamento virtual, divergiu parcialmente o Min. Alexandre de Moraes, para dar parcial provimento ao recurso do contribuinte. Seu voto enfrentou a questão da seletividade sob outro enfoque, ao consignar que *"ente tributante pode aplicar alíquotas diferenciadas em razão da capacidade contributiva do consumidor, do volume de energia consumido e/ou da destinação do bem".* No entanto, *"(a) estipulação de alíquota majorada para os serviços de telecomunicação, sem adequada justificativa, ofende o princípio da seletividade do ICMS".*

A sessão de julgamento virtual foi interrompida por pedido de vista do ministro Dias Toffoli, devolvido em 17/2/21, acompanhando o voto do relator. Propôs, contudo, que se modulasse a eficácia da decisão *"estipulando que ela produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro, ressaltando as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito".* Também acompanhou o relator a Min. Carmen Lúcia. Pediu, então, vista dos autos o ministro Gilmar Mendes.

Segundo a maioria que até ali vai se formando, as alíquotas de ICMS nas operações com energia elétrica e serviços de telecomunicação não podem ser superiores à alíquota interna geral do imposto, independentemente da condição econômica do consumidor e das quantidades consumidas pelos destinatários daquelas utilidades.

Aqui reside o grande problema da decisão que vai sendo formatada na Corte Superior do país, a afetar consideravelmente os limites da política fiscal praticada pelos estados em matéria de ICMS com impactos significativos nas finanças destes entes. Isto porque as implicações do julgamento em curso vão muito além do estado de Santa Catarina e não se limitam apenas às operações com energia elétrica e comunicação, tampouco ao ICMS. Poderá ter reflexos no IPI e em outros tributos. De igual forma poderá alcançar em futuras demandas as operações com combustíveis, que, aliás, submetem-se à mesma alíquota ora em debate na Lei Catarinense nº 10.297/1996. Portanto, neste dissídio, abre-se espaço para discussões judiciais futuras em torno da graduação de carga fiscal em um sem número de operações com outras tantas mercadorias cujo grau de essencialidade poderá vir a ser questionado em juízo.

Nesse quadro, há pelo menos três bons motivos a chamar atenção para o julgamento em curso, tanto do ponto de vista da jurisdição constitucional tributária quanto das finanças públicas estaduais.

**Primeiro:** A prevalecer o voto do ministro Relator, a graduação da alíquota do imposto deverá levar em conta apenas o coeficiente de essencialidade das mercadorias oneradas, vedadas considerações de outros elementos relativos à condição econômica do sujeito passivo. As características do contribuinte, se pessoa física ou jurídica, consumidor de pequeno ou grande porte, urbano ou rural, seriam elementos estranhos à graduação da carga fiscal do ICMS sobre as operações de fornecimento de energia e nas prestações de serviços de comunicação.

**Segundo:** O julgamento amplia os próprios limites da atuação do STF em matéria de controle de constitucionalidade da política fiscal. A prevalecer o entendimento de que energia e comunicação não podem suportar carga fiscal em patamar superior ao adotado para as demais mercadorias e serviços, descortina-se um considerável espaço para se submeter à Corte Constitucional um sem-número de demandas envolvendo essencialidade de outros produtos e serviços tributados. O fundamento que vem sendo construído a partir desse novo entendimento serve para questionar tanto as cargas fiscais agravadas quanto as reduzidas. Alarga-se o espaço de controle de constitucionalidade material das normas tributárias extrafiscais, isto é, aquelas em que se verifica o emprego dos tributos para funções outras diversas da arrecadação. O alargamento da esfera do controle judicial caminha no sentido inverso ao espaço deixado à discricionariedade legislativa na elaboração da política fiscal estadual. Quebra-se a harmonia entre os poderes, passando o Judiciário a estabelecer os limites da política fiscal em substituição ao Executivo.

**Terceiro:** Será significativo o impacto na arrecadação das unidades federadas que a redução das alíquotas, nas hipóteses em debate, causará. Isto obrigará os Estados a proceder ampla revisão de toda a política fiscal adotada até hoje, possivelmente com aumento da carga tributária em outros setores visando compensar as perdas que se seguirão à decisão da Excelsa Corte. Muito provavelmente esse precedente conduzirá ao tribunal uma ampla gama de questionamentos em torno da essencialidade de outros produtos e serviços em matéria de ICMS e de IPI nos próximos anos.

Diante disto, concluímos que se descortina para o futuro um cenário de muitas incertezas para as finanças e a autonomia dos Estados, caso a decisão final do colegiado do STF, no **RE 714.139/SC**, seja no sentido referendar o voto do Relator pela

declaração de inconstitucionalidade das alíquotas diferenciadas nas operações de fornecimento de energia elétrica e nas prestações de serviços de telecomunicação.

**Rodrigo Spada** é agente fiscal de Rendas do Estado de São Paulo e presidente da Federação Brasileira de Associações de Fiscais de Tributos Estaduais (Febrafite)

**Tolstoi Nolasco** é auditor fiscal, conselheiro no Conselho de Contribuinte do Estado da Bahia, diretor do Instituto de Auditores Fiscais do Estado da Bahia (IAF).