

Modular decisão que veta alíquota elevada de ICMS favorece estados

12/12/2021

A retomada da discussão, pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF), da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei estadual que impõe alíquota de ICMS para os serviços de energia elétrica e telecomunicações mostra que, por enquanto, a tendência da Corte é jogar para 2024 a validade dos efeitos da decisão.

Isso, certamente, beneficiará os estados, que estão agindo em conjunto junto ao STF para evitar perda de receita. A ação declarada inconstitucional diz respeito a uma lei de Santa Catarina que fixara o ICMS para os dois setores em 25% em vez da alíquota de 17% seguida pelos demais entes federados. O caso foi declarado como de repercussão geral, o que afeta as receitas de todos os estados.

Fellipe Sampaio/SCO/STF



Toffoli e Gilmar já votaram pelos estados Fellipe Sampaio/STF

O julgamento começou na última sexta-feira (10/12) e se estenderá até o dia 17. Por enquanto, votaram os ministros Dias Toffoli, relator, e Gilmar Mendes, ambos a favor de que a cobrança da nova alíquota comece em 2024. Anteriormente, Toffoli votara para que os efeitos comesçassem a valer a partir de 2022.

Julgamento vem de longe

A discussão sobre o tema já está na pauta do STF há tempos. Em 22 de novembro último, o STF, por sete votos a três, formou maioria para declarar a inconstitucionalidade do artigo 19, inciso II, alíneas "a" e "c", da Lei estadual 10.297/1996 de Santa Catarina. A norma estabeleceu alíquota de ICMS de 25% para os serviços de energia elétrica e telecomunicação, superior aos 17% aplicáveis à maioria das atividades econômicas.

Com isso, a Corte aprovou o Tema 745 de repercussão geral, com a seguinte tese: "Adotada, pelo legislador estadual, a técnica da seletividade em relação ao 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".

Prevaleceu o entendimento do relator, ministro aposentado Marco Aurélio. Em seu voto, ele destacou a indispensabilidade dos setores de energia e telecomunicações. "O acréscimo na tributação não gera realocação dos recursos, porquanto insubstituíveis os itens. Daí a necessária harmonia com o desenho constitucional, presente a fragilidade do contribuinte frente à elevação da carga tributária. Conforme fiz ver no julgamento do recurso extraordinário 1.043.313, Pleno, relator ministro Dias Toffoli, 'a corda não pode arrebentar do lado mais fraco'", disse.

Segundo o ministro, o desvirtuamento da técnica da seletividade, considerada a maior onerosidade sobre bens de primeira necessidade, não se compatibiliza com os fundamentos e objetivos contidos no texto constitucional, nos artigos 1º e 3º, seja sob o ângulo da dignidade da pessoa humana, seja sob a perspectiva do desenvolvimento nacional.

"Levando em conta a calibragem das alíquotas instituídas pela norma local, impõe-se o reenquadramento jurisdicional da imposição tributária sobre a energia elétrica e os serviços de telecomunicação, fazendo incidir a alíquota geral, de 17%. Não se trata de anômala atuação legislativa do Judiciário. Ao contrário, o que se tem é glosa do excesso e, conseqüentemente, a recondução da carga tributária ao padrão geral, observadas as balizas fixadas pelo legislador comum", completou.

Para ele, a decisão assegura os direitos e garantias do contribuinte e preserva a moldura desenhada pelo constituinte de 1988. "É hora de perceber que não há espaço para a sanha arrecadatória dos entes federados no que se sobreponha aos limites previstos no ditame maior". O objetivo da decisão, afirmou o ministro, é buscar justiça fiscal.

Assim, Marco Aurélio deu parcial provimento ao recurso para reformar o acórdão recorrido, deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual 10.297/1996.

O voto do relator foi seguido pelos ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Edson Fachin, Rosa Weber e Luiz Fux.

O julgamento foi iniciado e suspenso em fevereiro devido a pedido de vista de Toffoli. Em voto apresentado em junho último, o ministro acompanhou Marco Aurélio e propôs a modulação dos efeitos 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".

Após o voto de Toffoli, o julgamento foi novamente interrompido, dessa vez por pedido de vista do ministro Gilmar Mendes. Ao apresentar voto-vista na sessão virtual de 12 a 22 de novembro, Gilmar seguiu a divergência aberta pelo ministro Alexandre de Moraes — mesmo posicionamento do ministro Luís Roberto Barroso.

Alexandre de Moraes abriu divergência, dando parcial provimento ao recurso extraordinário, mas afastando alíquota de 25% incidente sobre os serviços de comunicação, "aplicando-se a mesma alíquota do ICMS adotada pelo Estado de Santa Catarina para as mercadorias e serviços

em geral (artigo 19, I, da Lei 10.297/1996)."

Ele propôs a fixação de uma tese em três partes: "I. Não ofende o princípio da seletividade/essencialidade previsto no artigo 155, parágrafo 2º, III, da Constituição Federal a adoção de alíquotas diferenciadas do ICMS incidente sobre energia elétrica, considerando, além da essencialidade do bem em si, o princípio da capacidade contributiva. II. O ente tributante pode aplicar alíquotas diferenciadas em razão da capacidade contributiva do consumidor, do volume de energia consumido e/ou da destinação do bem. III. A estipulação de alíquota majorada para os serviços de telecomunicação, sem adequada justificativa, ofende o princípio da seletividade do ICMS".

Votos divergentes

Ao apresentar voto-vista na sessão virtual de 12 a 22 de novembro, Gilmar seguiu a divergência aberta pelo ministro Alexandre de Moraes — mesmo posicionamento do ministro Luís Roberto Barroso.

Alexandre de Moraes abriu divergência, dando parcial provimento ao recurso extraordinário, mas afastando alíquota de 25% incidente sobre os serviços de comunicação, "aplicando-se a mesma alíquota do ICMS adotada pelo Estado de Santa Catarina para as mercadorias e serviços em geral (artigo 19, I, da Lei 10.297/1996)."

Ele propôs a fixação de uma tese em três partes: "I. Não ofende o princípio da seletividade/essencialidade previsto no artigo 155, parágrafo 2º, III, da Constituição Federal a adoção de alíquotas diferenciadas do ICMS incidente sobre energia elétrica, considerando, além da essencialidade do bem em si, o princípio da capacidade contributiva. II. O ente tributante pode aplicar alíquotas diferenciadas em razão da capacidade contributiva do consumidor, do volume de energia consumido e/ou da destinação do bem. III. A estipulação de alíquota majorada para os serviços de telecomunicação, sem adequada justificativa, ofende o princípio da seletividade do ICMS".

Ação contra SC

O caso começou quando as Lojas Americanas [contestaram](#) a alíquota de 25% no ICMS de serviços de energia elétrica e telecomunicações de consumidores de grande porte. De acordo com a empresa, esse percentual não respeita os princípios constitucionais da seletividade e da essencialidade. Para a varejista, é desproporcional que a tributação de energia e telefonia seja percentualmente superior à de mercadorias como cosméticos, armas, bebidas alcoólicas e fumo.

Por isso, a empresa pediu, em mandado de segurança, o reconhecimento do seu direito líquido e certo de pagar o ICMS sobre energia e telecomunicações com base na alíquota geral do estado de Santa Catarina, que é de 17%. Além disso, a varejista requereu a restituição dos dez anos cobrados em excesso.

Em sua defesa, o estado de SC argumentou que incidência de alíquota mais elevada sobre a energia elétrica não viola o princípio da seletividade, uma vez que tem o objetivo de desestimular o consumo abusivo e o desperdício. Os procuradores estaduais também sustentaram que a Lei 10.297/1996 não fere a isonomia por ter levado em consideração a capacidade econômica de cada contribuinte.



O mandado de segurança foi negado em primeira e segunda instâncias, o que forçou a empresa a recorrer ao STF, que reconheceu a repercussão geral do caso a autorizou o ingresso, como *amici curiae*, de todos os estados da federação.

Clique [aqui](#) para ler o voto de Toffoli

Clique [aqui](#) para ler o voto de Gilmar

RE 714.139

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-dez-12/modular-decisao-proibiu-aliquota-elevada-icms-favorece-estados/>