

Hugo Leal: As alíquotas de ICMS sobre telecom e energia

20/12/2021

Com a conclusão do julgamento do mérito do RE 714.138 (Tema 745), acerca da constitucionalidade das alíquotas agravadas de ICMS para serviços de telecomunicação e fornecimento de energia elétrica, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que *"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"*.



Embora o STF tenha reconhecido a

inconstitucionalidade das alíquotas majoradas de ICMS, o ministro Dias Toffoli propôs que os efeitos da decisão fossem modulados com efeitos prospectivos, inicialmente, para que passasse a valer apenas a partir de 2022, ressalvadas as ações que fossem ajuizadas até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito, o que ocorreu no último dia 29.

Posteriormente, o julgamento da modulação de efeitos foi suspenso em razão do pedido de vista do ministro Gilmar Mendes, o que deu tempo para que representantes dos 22 estados e do Distrito Federal se reunissem com o ministro Dias Toffoli, pleiteando que a decisão somente passasse a produzir efeitos a partir de 2024, após o encerramento do plano plurianual (PPA) atualmente em vigor, que se encerra no final do exercício de 2023. Com a devolução do processo pelo ministro Gilmar Mendes, o julgamento da modulação de efeitos foi inserido na sessão virtual de 10 até 17 deste mês.

Em razão do pedido dos estados, o ministro Dias Toffoli apresentou nova proposta de modulação para que a declaração de inconstitucionalidade somente comece a produzir efeitos a partir do exercício financeiro de 2024! Além disso, propôs que apenas *"certas ações já ajuizadas"* sejam preservadas da modulação de efeitos, tendo indicado como novo marco temporal, para esse fim, o último dia 5, quando foi iniciado o julgamento de mérito do caso, com o voto proferido pelo então ministro Marco Aurélio. Infelizmente, até o presente momento,

embora o julgamento ainda não tenha sido concluído até a produção deste texto, já há maioria para modulação de efeitos conforme nova proposta do ministro Dias Toffoli.

No entanto, tanto a proposta para que a tese firmada somente passe a produzir efeitos a partir de 2024 como o novo marco temporal adotado para proteção das ações judiciais já ajuizadas para discussão da matéria são extremamente criticáveis e representam grave violação da segurança jurídica e do princípio da proteção da confiança no Poder Judiciário.

Como regra, a declaração de inconstitucionalidade projeta seus efeitos não apenas para o futuro, mas inclusive em relação ao passado (eficácia *ex tunc*), o que significa que todos os efeitos produzidos pela lei declarada inconstitucional são considerados nulos desde a origem da lei. Desta forma, em matéria tributária, caso determinada lei que tenha instituído ou majorado tributos seja declarada inconstitucional, o contribuinte possui, como regra, o direito à devolução (repetição) de todos os valores que tenham sido cobrados com base na lei inconstitucional. Em relação ao futuro, com mais razão, a cessação da cobrança do tributo declarado inconstitucional deveria se operar de maneira imediata e não diferida no tempo para um marco temporal futuro.

A modulação dos efeitos temporais das decisões proferidas pelo STF constitui exceção à eficácia retroativa das declarações de inconstitucionalidade e somente deveria ser utilizada em situações realmente excepcionais, em razão da existência de outros valores ou princípios constitucionais relevantes. Em matéria tributária, a modulação dos efeitos merece extremo cuidado e deveria ser aplicada com mais parcimônia. O princípio da segurança jurídica somente deveria ser invocado, como regra, para justificar a modulação dos efeitos da decisão do STF em benefício dos contribuintes e não em benefício do próprio Fisco, que editou a norma inconstitucional. Isso porque, no âmbito do Direito Tributário, a segurança jurídica constitui uma garantia individual do contribuinte contra o Estado, constituindo uma limitação ao poder de tributar, e não um instrumento do Estado contra o contribuinte.

O simples interesse arrecadatário não se confunde com o interesse público, nem constitui razão suficiente para preservação de cobranças inconstitucionais. Se o simples interesse arrecadatário fosse bastante para justificar a modulação de efeitos, então, sempre que houvesse declaração de inconstitucionalidade de alguma norma tributária que instituiu ou majorou tributos, o STF poderia modular os efeitos da decisão, vedando a repetição de indébitos ou conferindo-lhe efeitos meramente prospectivos. O montante envolvido na discussão, além de normalmente baseado em estimativas exageradas do poder público, também não pode servir de justificativa para modulação. De outro modo, quanto maior fosse o montante do tributo indevidamente cobrado, maiores seriam as chances de o Estado sair imune, o que além de absurdo, serviria de forte estímulo para criação de novos tributos inconstitucionais.

No caso do julgamento das alíquotas majoradas de ICMS sobre serviços de telecomunicação e fornecimento de energia elétrica, ainda que se admitisse que estariam presentes as condições excepcionais necessárias para modulação dos efeitos da tese firmada pelo STF, o que somente se admite para fins de argumentação, eventual modulação deveria ter o seu alcance limitado para impedir a repetição de indébitos em relação aos tributos já recolhidos pelos contribuintes. De forma alguma, justifica-se a atribuição de efeitos prospectivos à declaração de



inconstitucionalidade proferida, autorizando-se a continuidade da cobrança inconstitucional até 2024! Uma coisa é restringir o direito dos contribuintes de solicitar a devolução do que já foi pago indevidamente, outra, bastante mais grave, é continuar sujeitando os contribuintes ao pagamento de tributos inconstitucionais.

Outro ponto de extrema gravidade e preocupação é o novo marco temporal proposto pelo ministro Dias Toffoli para fins de ressalvar as ações judiciais já ajuizadas pelos contribuintes. A análise dos precedentes do STF deixa claro que, sempre que houve modulação de efeitos, o STF preservou as ações que já haviam sido ajuizadas até a data da publicação da ata do julgamento de mérito, deixando fora de seu escudo de proteção apenas novas ações ajuizadas a partir dessa data. A proposta do estabelecimento de um "novo marco temporal", para que sejam ressalvadas apenas as ações ajuizadas até a data do início do julgamento de mérito, representa grave ruptura do sistema de precedentes sobre a matéria, comprometendo a segurança jurídica e a confiança dos contribuintes no Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal deveria respeitar os seus próprios precedentes.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-dez-20/hugo-leal-aliquotas-icms-telecom-energia/>