

Gualda: As absurdas alíquotas do ICMS para energia e telecom

Pauta que chama a atenção dos contribuintes, quer sejam pessoas físicas ou jurídicas, bem como dos estados da federação, são as alíquotas maiores do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre as operações envolvendo energia elétrica e serviços de telecomunicações. O tema está em discussão no Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 714.139, com repercussão geral reconhecida, que decidirá sobre a tributação à luz do princípio constitucional da seletividade. O ponto fulcral do embate é: *o legislador estaria obrigado a observar o critério da seletividade para os serviços de energia e telecom?*



O referido recurso está sob a relatoria do ministro Marco

Aurélio Mello, cujo julgamento foi, mais uma vez, suspenso por um pedido de vista do ministro Gilmar Mendes. Anteriormente, o processo já havia sido suspenso pelo pedido de vista do ministro Dias Toffoli. Para entender o caso em questão, se faz necessária breve digressão.

O contribuinte pleiteou, em juízo, o reconhecimento do direito de pagar o ICMS incidente sobre os serviços de comunicação e fornecimento de energia elétrica com base na alíquota geral interna de 17%, prevista na Lei Estadual de Santa Catarina, pedindo o afastamento da alíquota específica de 25%, prevista no artigo 19, II, "a" e "c", da supracitada norma, que fixa esse percentual para os serviços de telecomunicação e energia. Não tendo logrado êxito tanto na primeira quanto na segunda instâncias, o caso chegou à Suprema Corte.

Em suma, as teses do contribuinte, que dão supedâneo ao pleito, são:

- 1) Caracterização de tratamento diferenciado e discriminatório da lei ao determinar a alíquota de 25% para a energia elétrica e os serviços de telecomunicações, em relação à alíquota fixada para outros produtos, no patamar de 17%, sendo desproporcional e irrazoável a tributação da energia elétrica e das telecomunicações em percentual igual ao de mercadorias não essenciais, como cosméticos, armas, bebidas alcoólicas, fumo e derivados;



2) Alegação de que a diferenciação de alíquotas, determinada pela referida lei estadual, utiliza critério aleatório e dissociado dos princípios constitucionais da isonomia e dos critérios da seletividade e da essencialidade, considerando que ofende a Constituição da República a fixação da alíquota em patamar majorado em relação a outros produtos de menor importância social.

A possibilidade de produtos diferentes possuírem alíquotas distintas está presente na Constituição Federal de 1988, tanto para o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) quanto para o Imposto sobre Produtos Importados (IPI). É o que se denomina de seletividade. Entretanto, a regra da seletividade para o ICMS, de acordo com o mandamento constitucional, é de "poder" e não "dever", o que implica em dizer que o legislador estadual pode ou não aplicar mais de uma alíquota quando se depara com produtos diferenciados.

Se assim o faz, ou seja, uma vez determinado que haverá a seletividade, o critério determinante que deverá pautar a seletividade, a partir de então, é a essencialidade dos produtos. Nessa senda, toda a celeuma reside na questão de que os serviços de energia e telecomunicações, sendo essenciais — e quanto a isso não pairam dúvidas —, não devem ter a mesma alíquota que outros que sejam supérfluos.

No recurso extraordinário em questão, em seu voto, o relator, ministro Marco Aurélio Mello, decidiu pela redução da alíquota de ICMS sobre a energia elétrica e telecomunicações para 17%, dada a essencialidade dos serviços. Mas o ministro concluiu que os pedidos de restituição ou compensação não são questões que competem ao Supremo Tribunal Federal, por estarem dispostos em normas infraconstitucionais.

A ministra Cármen Lúcia e o ministro Dias Toffoli votaram de acordo com a tese encampada pelo relator, sendo que Toffoli propôs que a decisão produza efeitos a partir do próximo exercício financeiro, ressaltando as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito (modulação dos efeitos).

Já o ministro Alexandre de Moraes divergiu em parte do voto do relator, entendendo que a redução de 17% seria apenas para as telecomunicações devido à essencialidade do serviço, cabendo ao Estado aplicar as alíquotas de energia elétrica com base na capacidade contributiva. O julgamento está suspenso por ocasião do pedido de vista do ministro Gilmar Mendes.

Não há como antecipar o placar desse emblemático julgado, mas caso o recurso seja provido de acordo com o voto do relator, os contribuintes podem comemorar, desde que já tenham ajuizado ações no mesmo sentido face às legislações de seus estados ou o façam até a data do julgamento do recurso.

O debate desperta grande interesse pelos estados da federação, que foram admitidos no processo. Em defesa, os secretários de Fazenda enviaram nota ao STF externando a preocupação quanto ao julgamento, estimando que caso o entendimento do relator prevaleça, o impacto aos cofres públicos estaduais seria da ordem de mais de R\$ 26 bilhões por ano, o que colapsaria os mesmos.



Enfim, aguardemos o resultado, esperando que o Supremo Tribunal Federal sopesse os efeitos de alíquotas descabidas aplicadas a serviços essenciais, como o são a energia e as telecomunicações, freando a sanha arrecadatória dos entes. Dessa forma, garantindo aos contribuintes que faça valer o que está presente na Carta Magna, que em última instância lastreia as balizas do Estado democrático de Direito, rogando que não se percam em ponderações casuísticas, em que o interesse dos contribuintes é relegado a um segundo plano, em detrimento de uma ordem econômica invertida e distorcida.