HOMERO COSTA
ADVOGADOS
OAB / MG 001

O ICMS E O PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE NOS SETORES DE ENERGIA ELÉTRICA E DE TELECOMUNICAÇÕES

Gustavo Pires Maia da Silva
Advogado Sócio de Homero Costa Advogados

No dia 22 de novembro de 2021, o Supremo Tribunal Federal ("STF") finalizou o julgamento do Recurso Extraordinário ("RE") n° 714.139 (Tema 745 das Repercussões Gerais), que trata da abrangência do Artigo 155, §2º, Inciso III, da Constituição da República de 1988, que prevê a aplicação do Princípio da Seletividade ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ("ICMS").

O princípio da seletividade é instituto que versa sobre a possibilidade de que se vale o legislador para atuar elevando ou diminuindo a carga tributária, por meio de alíquota, tendo em vista a essencialidade dos bens e serviços.

Por maioria de votos, os Ministros da Corte Suprema declararam ser inconstitucional a instituição de uma alíquota de ICMS majorada para energia elétrica e telecomunicações.

O caso concreto, levado à apreciação do STF, envolve o Estado de Santa Catarina, que aplica uma alíquota de ICMS de 25% (vinte e cinco por cento) para ambos os setores, diante de uma alíquota geral de 17% (dezessete por cento).

A tese vitoriosa foi a do Relator, Ministro Marco Aurélio, no sentido de que as empresas que não se creditam de ICMS poderão reaver o que foi pago a mais (diferença entre a alíquota geral de ICMS e a alíquota majorada). O magistrado 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*".

O Ministro Marco Aurélio não estabeleceu a partir de que momento a decisão terá efeitos (modulação dos efeitos da decisão). Referido tema será discutido

posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal. Por ora, o julgamento foi suspenso para coleta dos votos dos demais Ministros. A perspectiva é de que o Recurso Extraordinário seja novamente pautado em Plenário Virtual para que haja uma decisão sobre a modulação dos efeitos. Até o momento, não houve o agendamento de pauta para o novo julgamento.

Relevante ressaltar que a decisão não extingue a lei do Estado de Santa Catarina. Ela tem efeito apenas entre as partes envolvidas no processo. De outra forma, por ter repercussão geral, a decisão vincula todo o Poder Judiciário. Desse modo, além de eventuais ações individuais, o entendimento também prevalecerá e deverá ser aplicado no julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade ("ADIs").

Em outras palavras, apesar de as leis estaduais permanecerem vigentes, eventuais ações judiciais individuais sobre o tema deverão ser julgadas em sentido favorável aos contribuintes.

Diante do exposto, espera-se que a decisão proferida pela Corte Suprema, haja vista sua força vinculante em relação ao Judiciário, venha ratificar a aplicação da seletividade em função da essencialidade nos serviços de energia elétrica e telecomunicação, frente à obrigatoriedade da graduação da carga tributária.