

## Opinião: A extensão do decidido no RE 714.139-SC aos combustíveis

Bem ao final do ano passado (em sessão virtual de 22 de novembro), o STF finalizou o julgamento RE 714.139-SC. Relatado pelo ministro Marco Aurélio (hoje jubilado), decidiu-se por 7 a 3, em sede de repercussão geral (reconhecida em 2014), que o ICMS incidente sobre energia elétrica e serviços de telecomunicação é superior ao patamar estabelecido para as operações em geral.



Enfrentou-se o Tema 745 da repercussão geral, fixando-se

tese, como segue: *"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 reminiscência discursiva do constitucionalismo brasileiro, registramos o uso do verbo "discrepar", tão recorrente nas decisões do ministro prolator do voto que aqui comentamos.

A seletividade orientou a opção decisória, fundamentada na essencialidade, que é central nos chamados impostos indiretos, a exemplo do IPI e do ICMS, objeto do julgamento. Especialmente a partir de 1988, os estados insistiram em alíquotas mais altas incidentes sobre serviços e produtos de demanda inelástica. Variáveis de preço não acompanham, necessariamente, a procura pelo serviço ou produto. É o caso dos serviços de telecomunicação, de energia elétrica e dos combustíveis. Pretendemos que esse terceiro (combustíveis) tenha o mesmo tratamento daqueles primeiros (energia elétrica e serviços de telecomunicação).

Os estados (por razões óbvias) movimentam-se para uma tributação ótima. Atenta-se, do ponto de vista econômico, para a regra de Ramsey, marcada pela eficiência. Isto é, mesmo com o impacto de crises (recorrentes) e de sazonalidades (previsíveis ou não), não haveria temor de variação (para baixo) das taxas de extração fiscal (arrecadação). Nesse sentido, os estados apostam na majoração das alíquotas onde há demanda inelástica. Alcançam-se patamares de 25% a 35%.

Na contramão, inverte-se o mantra da seletividade. Como resultado, a judicialização corretiva, forçando-se (em nome da seletividade) a redução das alíquotas para níveis que oscilariam entre 17 e 18%. Deve o intérprete ficar atendo ao comando constitucional. Ao verbo "deverá", aplicado à seletividade no IPI, opõe-se o verbo "poderá", relativo à seletividade do ICMS. A diferença não é de forma, é de fundo. Expliquemos.

Na literatura do Direito Tributário prepondera a concepção de que o comando constitucional relativo à seletividade é efetivamente mandatário. Não há espaço discricionário para o legislador estadual. Pensa dessa maneira Roque Carraza, com base nos argumentos de Aliomar Baleeiro, relativo à capacidade contributiva. Não se trata de orientação. Trata-se de ordem. Há também fortes indícios dessa compreensão em Andrei Pitten Veloso, com base em Sainz de Bujanda, autor espanhol notabilizado pela inquebrantável fé na força transformadora do Direito.

Esses problemas qualificam o pano de fundo da discussão contida no RE 714.139-SC. Uma rede varejista pelejava com unidade federada, nos limites e escopo de tributação de energia elétrica e telecomunicações. No caso, o combustível não é equiparado ao insumo ou, no limite, a um produto autônomo. Bem entendido, o combustível não era o objeto da discussão.

Deve-se, no entanto, à luz das modernas doutrinas do precedente, aplicar à questão dos combustíveis a mesma razão de decidir que estimulou o desate do Tema 745. As alíquotas do ICMS sobre a gasolina variam de 25% a 31% entre os estados. É indiscutível a essencialidade do combustível. Negá-la é contrariarmos a própria lógica da vida e das coisas.

Não se pode justificar o não reconhecimento de idêntico estado de coisas, comparando-se combustíveis em face da energia elétrica, quanto ao item da seletividade e, na mesma lógica, da essencialidade. Energia elétrica e combustíveis são espécies de energia, ou fontes de energia, que é o gênero (tudo aquilo que é usado para produzir força motriz ou aquecimento). Reconhecemos, sem ampliar, nem conceder, que há outras disposições constitucionais aplicáveis aos combustíveis (artigo 155, §2º, inciso X, alínea "h", e §§4º e 5º do mesmo artigo). Não se tem impacto sobre o conceito de seletividade. Há apenas imposição para que se atente para as regras da seletividade do ICMS, que influenciariam na construção dos convênios que seriam celebrados, ainda que esses convênios não existam no ambiente normativo do ICMS.

No RE aqui discutido (RE 714.139-SC) havia súplica para que a incidência fosse reduzida à alíquota geral do ICMS. Deve-se tomar cuidado. É que, uma vez reconhecida a essencialidade de determinada operação sujeita ao ICMS, aplica-se a menor das alíquotas possíveis, entre todas as que a unidade federada pratica.

Entre outros, afasta-se a hipótese da atuação do STF como construtor de normas (legislador positivo), o que ocorreria com ordem para fixação de uma alíquota — menor do que alíquota geral. Corre-se o risco de se subverter o princípio da seletividade, no caso de aplicação de alíquotas inferiores à imposta para determinada mercadoria ou determinado serviço.

Os fundamentos determinantes do decidido no RE 714.139-SC alcançam também o problema da seletividade e da essencialidade das alíquotas aplicáveis aos combustíveis. O reconhecimento dessa premissa prestigia o valor intrínseco de um precedente, muito mais do que persuasivo, justamente porque revela uma universalidade deontológica.

Cumpra a observação final de que o STF, em 18/12/2021, decidiu (9 a 1) pela modulação dos efeitos da decisão proferida no RE 714.139-SC. Os efeitos ocorrerão somente a partir de 2024 (os estados deverão se adaptar até lá). No entanto, o que é muito importante para a movimentação dos contribuintes, ficaram ressalvadas as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/2021). Isto é, contribuintes que entraram com ações individuais anteriormente à decisão do RE 714.139-SC deverão ter seus direitos preservados mesmo antes de 2024, observado o prazo prescricional.

**Date Created**

14/01/2022