



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.105/MS

RELATOR: MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA

REQUERENTE: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

ADVOGADOS: MARCOS VINICIUS FURTADO COELHO E OUTROS

INTERESSADA: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

INTERESSADO: GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PARECER AJCONST/PGR Nº 690838/2022

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ICMS. GASOLINA AUTOMOTIVA. PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. ESSENCIALIDADE DAS MERCADORIAS E SERVIÇOS. ALÍQUOTA DE 30%. INCONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO.

1. Merece conhecimento a ação direta de inconstitucionalidade proposta contra dispositivo legal que não guarda relação de dependência normativa com outro não impugnado.
2. A edição da Lei Complementar 194/2022 não acarreta a imediata suspensão da eficácia das leis estaduais e distrital que fixaram alíquotas do ICMS incidentes sobre os combustíveis.
3. O inciso III do § 2º do art. 155 da Constituição Federal apenas faculta aos estados e ao Distrito Federal a instituição do ICMS com caráter seletivo.
4. Uma vez instituída a seletividade do ICMS pela legislação estadual ou distrital, o critério da “*essencialidade das mercadorias e dos serviços*” é de observância obrigatória.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

5. As mercadorias e serviços essenciais não podem ser tributados mais pesadamente do que a generalidade das mercadorias e serviços. Precedentes.

6. O critério da essencialidade das mercadorias e serviços milita em favor de uma maior justiça fiscal, podendo ser mesclado com outros critérios que a potencializem.

7. A gasolina automotiva é, atualmente, produto essencial.

— Parecer pela procedência do pedido, para declarar a inconstitucionalidade da alínea “a” do inciso IX do art. 41 da Lei 1.810/1997, com a redação dada pelo art. 2º da Lei 5.434/2019, ambas do Estado de Mato Grosso do Sul. Também pela modulação temporal dos efeitos da decisão, a fim de que produza efeitos somente a partir de 2024, ressalvadas as ações já ajuizadas até a data de julgamento desta ação.

Excelentíssimo Senhor Ministro André Mendonça,

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade – ADI, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB contra a alínea “a” do inciso IX do art. 41 da Lei 1.810, de 22.12.1997, com a redação dada pela Lei 5.434, de 13.11.2019, do Estado de Mato Grosso do Sul. Eis o teor da norma impugnada:



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Art. 41. As alíquotas do ICMS ficam fixadas em:

(...)

IX – trinta por cento, nas seguintes hipóteses:

a) operações internas ou de importação de gasolina automotiva;

Aponta o requerente, em síntese, violação do inciso II do art. 150 e do inciso III do § 2º do art. 155, ambos da Constituição Federal. Argui que a seletividade do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS, *“em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços”*, é obrigatória, e não facultativa. Argumenta que, *“ainda que não se interprete a referida previsão constitucional como um poder-dever e se reconheça a faculdade do legislador ordinário de instituir, ou não, a seletividade das alíquotas do ICMS, não há dúvida de que uma vez instituída diferenciação de alíquotas sobre diversas mercadorias, tal diferenciação somente pode ser realizada em função da essencialidade das mesmas, atendendo-se, assim, à função extrafiscal de facilitar o acesso aos bens essenciais e desestimular o consumo de bens supérfluos”*.

Alega que os combustíveis são *“mercadorias essenciais para a comunidade e para a normalidade da vida cotidiana”*. Daí por que seria inconstitucional a Lei 5.434/2019 do Estado de Mato Grosso do Sul, que *“majorou a alíquota do ICMS incidente sobre o combustível Gasolina em 50%, passando à alíquota de 30% uma mercadoria cuja essencialidade é notória para o desempenho de toda e qualquer atividade”*.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Traz tabela com as alíquotas do ICMS naquele estado, mostrando, por exemplo, que armas e embarcações esportivas e de recreio são tributadas em 25%, refrigerantes, em 20%, e joias, em 17%. Conclui que *“a norma impugnada desrespeita o princípio da isonomia sob a ótica da seletividade/essencialidade de forma flagrante, já que a fixação de alíquota em patamar majorado em relação a produtos de menor importância social (supérfluos) e essencial à coletividade importa em afronta à Carta Constitucional”*.

Adotou-se o rito do art. 12 da Lei 9.868, de 10.11.1999.

O Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, em suas informações, suscitou preliminar de não conhecimento da ação, sob a alegação de que o requerente não teria impugnado todo o complexo normativo acerca da matéria.

Alegou que a *“procedência do pedido implicaria não a adoção da alíquota de 17% (pretendida pelo autor), mas sim a reconstituição da eficácia da alíquota anterior, a qual padeceria do mesmo vício de inconstitucionalidade e que não foi impugnada pela inicial”*. Ademais, *“o Autor não se atentou que a alíquota da gasolina foi majorada de 25% para 30% para compensar a queda da alíquota do álcool carburante, reduzida de 25% para 20%, (...), de modo que a decisão de inconstitucionalidade, em princípio, deveria incidir também sobre a mencionada*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

redução da alíquota do ICMS, o que implicaria transferir ao Eg. STF a definição do modelo tributário do ente da Federação”.

No mérito, defendeu a constitucionalidade da norma impugnada. Arguiu que o inciso III do § 2º do art. 155 da Constituição Federal faculta (e não obriga) aos estados e ao Distrito Federal cobrar o ICMS de maneira seletiva. Quanto ao princípio da isonomia fiscal, não haveria como *“sustentar que a alíquota de ICMS legalmente fixada pelo Estado de Mato Grosso do Sul seja apta a gerar tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente”*.

Aduziu que *“o aumento da alíquota da gasolina tem por finalidade compensar a redução da alíquota do álcool carburante”* e que, portanto, *“há uma política regionalizada e sistêmica da tributação sobre os combustíveis, inclusive pautada por razões extrafiscais, como a questão relacionada com a emissão de gases de efeitos estufa e poluição atmosférica no território do Estado de Mato Grosso do Sul, com o incentivo ao consumo preferencial de biocombustível, menos poluente, no caso do etanol. Bem como de cuidados com a tributação do diesel, que se relaciona diretamente com o transporte coletivo de pessoas, muitas delas de baixa renda, além das mercadorias em geral”*.

Por fim, requereu, em pedido subsidiário, a modulação dos efeitos de eventual decisão de inconstitucionalidade, para que passe a valer apenas a



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

partir de 2024, tal como decidido, pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 714.139. Isso em proteção do princípio constitucional do equilíbrio orçamentário.

A Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, embora notificada, não prestou informações.

O Advogado-Geral da União manifestou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela procedência do pedido.

Vieram, então, os autos à Procuradoria-Geral da República para manifestação.

Eis, em síntese, o relatório.

Preliminarmente, a ação merece conhecimento.

Não se ignora que *“é firme a linha decisória [do] Supremo Tribunal Federal no sentido de que a ausência de impugnação da integralidade do complexo normativo torna o provimento judicial pretendido ineficaz e, por isso mesmo, destituído de utilidade, de modo a afastar a caracterização do interesse de agir da parte autora”* (ADI 7.086, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 29.6.2022). Acontece que, no caso concreto, ao contrário do que alegou o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, eventual declaração de inconstitucionalidade do



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

dispositivo legal impugnado não acarretará a reprimendação da alíquota de 25% do ICMS incidente sobre as operações com gasolina automotiva.

Antes da edição da Lei 5.434/2019 do Estado de Mato Grosso do Sul, a alíquota do ICMS incidente sobre a gasolina era de 25%, como dispunham as alíneas “c” e “d” do inciso V do art. 41 da Lei estadual 1.810/1997. Já naquela época, a alíquota do ICMS que recaía sobre todas as operações para as quais não estivessem previstas alíquotas específicas era de 17% (Lei estadual 1.810/1997, art. 41, III, “a”). Em outras palavras, não fosse pela vigência das alíneas “c” e “d” do inciso V do art. 41 da Lei estadual 1.810/1997, a alíquota do ICMS incidente sobre a gasolina seria de 17%.

Sobreveio, então, a Lei estadual 5.434/2019, que, **pelo inciso I de seu art. 7º**, revogou as alíneas “c” e “d” do inciso V do art. 41 da Lei estadual 1.810/1997. A alíquota do ICMS incidente sobre as operações com gasolina, no entanto, não passou a ser de 17% porque o **art. 2º** da Lei estadual 5.434/2019 criou **outra norma** específica: a alínea “a” do inciso IX do art. 41 da Lei estadual 1.810/1997, que fixou a alíquota do imposto em 30%.

Aqui, é preciso esclarecer: a revogação empreendida pelo **art. 7º** da Lei estadual 5.434/2019 não encerra relação de dependência normativa com a alteração inserida pelo **art. 2º** da mesma lei (muito menos com a alteração referente ao álcool combustível). Os dois dispositivos legais têm existência



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

autônoma. Tanto que, se apenas fosse revogada a alíquota de 25% do ICMS (sem a criação da de 30%), ainda assim o imposto incidiria normalmente sobre as operações com gasolina (sob a alíquota geral de 17%).

Nesse cenário, eventual declaração de inconstitucionalidade da alínea “a” do inciso IX do art. 41 da Lei estadual 1.810/1997, inserida pelo art. 2º da Lei estadual 5.434/2019, acarretará a incidência da alíquota geral de 17% (exatamente o que pretende o requerente), não a reconstituição das alíneas “c” e “d” do inciso V do art. 41 da Lei estadual 1.810/1997, que, aliás, foram revogadas por **outro** dispositivo legal.

Também não merece guarida a preliminar de ausência de interesse de agir, suscitada pelo Advogado-Geral da União. É que não foi a Lei Complementar 194, de 23.6.2022, que tornou a gasolina automotiva uma mercadoria essencial, para fins de incidência do ICMS. Tal essencialidade resulta da realidade fática e sempre esteve presente (a lei complementar apenas positivou aquilo que já existia). Tanto é assim que, quanto aos serviços de comunicação e energia elétrica, o Supremo Tribunal Federal reconheceu sua essencialidade e determinou que as alíquotas do ICMS, em relação a tais serviços, tivessem como teto a alíquota geral. **Tudo isso antes mesmo da edição da Lei Complementar 194/2022.**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Sendo assim, não se está diante das hipóteses normativas dos §§ 3º e 4º do art. 24 da Constituição Federal. O dispositivo legal ora impugnado não é uma norma geral editada pelo Estado de Mato Grosso do Sul, na ausência de norma da União (e que, pela superveniência desta, tem sua eficácia suspensa).

A fixação de alíquotas do ICMS é competência **privativa** dos estados e do Distrito Federal, e não competência compartilhada com a União. É certo que o inciso III do art. 146 e o inciso XII do § 2º do art. 155, ambos da Constituição Federal, cometem à lei complementar federal o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre o ICMS, mas a fixação de alíquotas do imposto não configura norma geral, mas específica.

Com isso, quer-se dizer que a edição da Lei Complementar 194/2022 não acarreta, ao menos de forma automática, a suspensão da eficácia da lei estadual ora impugnada. Possível desconformidade dela (que é uma lei específica) com as normas gerais editadas pela União não de ser declaradas pelo Poder Judiciário. O Presidente da República, inclusive, ajuizou a ADPF 984 com esse propósito: declarar a inconstitucionalidade das leis estaduais (aqui incluída a do Estado de Mato Grosso do Sul) e distrital que



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

estabeleceram alíquotas de ICMS incidentes sobre os combustíveis em desacordo com o princípio da seletividade.¹

Sendo assim, não de ser rejeitadas as preliminares de não conhecimento da ação.

No mérito, o pedido há de ser julgado procedente.

O inciso III do § 2º do art. 155 da Constituição Federal prevê que o ICMS *“poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços”*. O primeiro ponto a observar é a facultatividade do caráter seletivo do ICMS. Diferentemente do imposto sobre produtos industrializados – IPI, que, segundo enunciado peremptório do inciso I do § 3º do art. 153 da Constituição Federal, *“será seletivo, em função da essencialidade do produto”*, a norma constitucional que rege o ICMS apenas facultou aos estados e ao Distrito Federal a instituição da seletividade. Não há como justificar interpretação diversa diante da clara diferença do texto constitucional relativamente ao IPI (*“será seletivo”*) e ao ICMS (*“poderá ser seletivo”*).

1 É verdade que o Presidente da República ajuizou a ADPF 984 poucos dias antes da promulgação da Lei Complementar 194/2022. Acontece que, houvesse a referida lei complementar acarretado a suspensão imediata de todas as leis estaduais e distrital impugnadas, o Ministro Gilmar Mendes, relator, teria declarado a perda de objeto da ação, por ausência superveniente do interesse de agir, e não, como fez, marcado audiências de conciliação e criado comissão especial para aparelhamento do processo, tendo em vista o julgamento de mérito.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Uma vez instituída a seletividade pela legislação estadual ou distrital, o critério da “*essencialidade das mercadorias e dos serviços*” impõe-se. Em outras palavras, se o estado ou o Distrito Federal, no exercício da faculdade que a Constituição Federal lhes outorgou, prevê alíquotas de ICMS específicas para determinados serviços ou mercadorias, a dosagem legal do imposto há de levar em conta o critério da essencialidade.

Isso acarreta ao menos uma consequência: as mercadorias e serviços essenciais não poderão ser tributados mais pesadamente do que a generalidade das mercadorias e serviços (e, com maior razão, do que as mercadorias e serviços supérfluos). Trata-se de aplicação mínima² da regra constitucional, de que os estados e o Distrito Federal não podem escapar.

Essa foi a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 714.139, paradigma de repercussão geral.³ Confirma-se a ementa do acórdão:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema nº 745. Direito tributário. ICMS. Seletividade. Ausência de obrigatoriedade. Quando

-
- 2 Fala-se em “aplicação mínima” porque não seria desarrazoada a interpretação que obrigasse os estados e o Distrito Federal a, uma vez instituída a seletividade do ICMS (no exercício da faculdade conferida pelo inciso III do § 2º do art. 155 da Constituição Federal), fixar, para as mercadorias e serviços essenciais, alíquotas **menores** do que aquelas referentes à generalidade das mercadorias e serviços.
- 3 Igual entendimento foi reafirmado, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs 7.117 e 7.123.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

adotada a seletividade, há necessidade de se observar o critério da essencialidade e de se ponderarem as características intrínsecas do bem ou do serviço com outros elementos. Energia elétrica e serviços de telecomunicação. Itens essenciais. Impossibilidade de adoção de alíquota superior àquela que onera as operações em geral. Eficácia negativa da seletividade.

1. O dimensionamento do ICMS, quando presente sua seletividade em função da essencialidade da mercadoria ou do serviço, pode levar em conta outros elementos além da qualidade intrínseca da mercadoria ou do serviço.

2. A Constituição Federal não obriga os entes competentes a adotar a seletividade no ICMS. Não obstante, é evidente a preocupação do constituinte de que, uma vez adotada a seletividade, haja a ponderação criteriosa das características intrínsecas do bem ou serviço em razão de sua essencialidade com outros elementos, tais como a capacidade econômica do consumidor final, a destinação do bem ou serviço e, ao cabo, a justiça fiscal, tendente à menor regressividade desse tributo indireto. O estado que adotar a seletividade no ICMS terá de conferir efetividade a esse preceito em sua eficácia positiva, sem deixar de observar, contudo, sua eficácia negativa.

3. A energia elétrica é item essencial, seja qual for seu consumidor ou mesmo a quantidade consumida, não podendo ela, em razão da eficácia negativa da seletividade, quando adotada, ser submetida a alíquota de ICMS superior àquela incidente sobre as operações em geral. A observância da eficácia positiva da seletividade – como, por exemplo, por meio da instituição de benefícios em prol de classe de consumidores com pequena capacidade econômica ou em relação a pequenas faixas de consumo –, por si só, não afasta eventual constatação de violação da eficácia negativa da seletividade.

4. Os serviços de telecomunicação, que no passado eram contratados por pessoas com grande capacidade econômica, foram se popularizando de tal forma que as pessoas com menor capacidade contributiva também passaram a contratá-los. A lei editada no passado, a qual não se ateuve a essa evolução econômico-social para



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

efeito do dimensionamento do ICMS, se tornou, com o passar do tempo, inconstitucional.

5. Foi fixada a seguinte tese para o Tema nº 745: 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.

6. Recurso extraordinário parcialmente provido.

7. Modulação dos efeitos da decisão, estipulando-se que ela produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando-se as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21). (RE 714.139, Rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, DJe de 15.3.2022)

Outro ponto a se destacar é o seguinte: o critério da essencialidade das mercadorias e dos serviços pode conviver com outros que visem a calibrar ainda mais o ICMS (sempre respeitada a “aplicação mínima” referida acima). Assim, além da “ponderação criteriosa das características intrínsecas do bem ou serviço em razão de sua essencialidade”, poderá o legislador estabelecer diferenciações em função da “capacidade econômica do consumidor final, [da] destinação do bem ou serviço e, ao cabo, [da] justiça fiscal, tendente à menor regressividade desse tributo indireto”.

Dessa forma, a lei pode, por exemplo, estabelecer um tratamento privilegiado para determinada mercadoria essencial (energia elétrica, por exemplo) e outro ainda mais privilegiado para a mesma mercadoria, só que



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

até determinado limite quantitativo (um limite de consumo mensal). Tudo em benefício dos contribuintes com menor capacidade contributiva.

Em resumo, o critério da essencialidade das mercadorias e serviços milita em favor de uma maior justiça fiscal, podendo, então, ser mesclado com outros critérios que a potencializem. O manejo desses outros critérios, porém, não dispensa o respeito mínimo à essencialidade das mercadorias e serviços, o que significa tributação das mercadorias e serviços essenciais nunca superior àquela incidente sobre as mercadorias e serviços em geral (“*eficácia negativa da seletividade*”).

Nesse sentido, confirmam-se as palavras do Ministro Dias Toffoli, no julgamento do citado RE 714.139:

Nessa toada, mesmo considerando outros elementos, além da qualidade intrínseca da energia elétrica, não existe razão, em meu modo de ver, para se submeter, como regra, a energia elétrica – seja qual for seu consumidor ou mesmo o nível de consumo – à alíquota de ICMS maior do que a aquela incidente sobre as operações em geral, quando adotada a seletividade.

Em outros termos, tenho, para mim, que a eficácia negativa da seletividade impede a cobrança, como regra, do ICMS sobre energia elétrica com alíquota superior àquela incidente sobre as operações em geral.

Note-se que não afasta a violação da eficácia negativa da seletividade o fato de existir, v. g., menor alíquota de ICMS ou isenção em relação a algumas pequenas faixas de consumo de energia



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

elétrica ou em benefício de certa classe de consumidores de energia elétrica com pequena capacidade econômica.

Como visto, a essencialidade da energia elétrica independe da classe na qual se enquadra seu consumidor (ou o consumo) ou da quantidade de energia elétrica consumida. A adoção de medidas de desoneração como essas últimas, mas se mantendo a incidência, em nível elevado, do ICMS sobre energia elétrica como a regra, apenas camufla a ofensa ao conteúdo mínimo da seletividade.

Isso é, a observância da eficácia positiva da seletividade, por si só, não afasta eventual constatação de violação da eficácia negativa da seletividade.

Na hipótese, a alínea “a” do inciso IX do art. 41 da Lei 1.810/1997 do Estado de Mato Grosso do Sul, com a redação dada pelo art. 2º da Lei 5.434/2019, fixou a alíquota do ICMS incidente sobre as “operações internas ou de importação de gasolina automotiva” no patamar de 30%, enquanto a alíquota geral, que recai sobre todas as operações para as quais não estão previstas alíquotas específicas, é de 17% (Lei estadual 1.810/1997, art. 41, III, “a”). Mais: a alíquota de 30% de ICMS incidente sobre a gasolina automotiva é a mais alta daquele estado, superando a de itens supérfluos ou até mesmo considerados prejudiciais à saúde (28% sobre bebidas alcoólicas, fumo, cigarros; 25% sobre armas, munições, artigos de pirotecnia e para jogos de salão, asas-delta, balões, embarcações de esporte e de recreio).

Ademais, a circunstância de a alíquota do ICMS incidente sobre o álcool combustível ser menor do que a da gasolina não afasta a



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

inconstitucionalidade. Por certo é meritório que um combustível de fonte renovável sofra uma menor incidência tributária, mas, sendo ambos os combustíveis mercadorias essenciais, o princípio constitucional da seletividade proíbe que qualquer deles seja tributado pelo ICMS em patamar superior à generalidade das mercadorias e serviços. Como afirmou o Ministro Dias Toffoli no já citado RE 714.139, *“a observância da eficácia positiva da seletividade, por si só, não afasta eventual constatação de violação da eficácia negativa da seletividade”*.

É preciso salientar que inexiste dúvida quanto à essencialidade da gasolina automotiva. Embora a maioria dos ônibus e caminhões do país seja movida a óleo diesel, e a frota de carros elétricos comece, aos poucos, a crescer, a gasolina ainda é combustível largamente utilizado pela população para se locomover em seus carros, seja em caráter privado seja em transporte individual de passageiros (táxis e aplicativos). Dessa realidade não discrepa o Estado de Mato Grosso do Sul.

Em certas hipóteses, a essencialidade de mercadoria ou serviço é tão evidente que não pode o legislador ignorá-la. É o caso da energia elétrica e dos serviços de comunicação (como decidiu o STF no RE 714.139), mas também dos combustíveis, entre eles a gasolina automotiva.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Não se trata aqui de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo. A política fiscal relativa ao ICMS é de competência do respectivo estado ou do Distrito Federal. Há ampla margem de conformação para que o legislador estadual estabeleça, segundo seu próprio juízo, o encadeamento das alíquotas do ICMS que melhor retrate suas prioridades. O conceito constitucional de mercadoria ou serviço essencial, porém, vale-se de dados da realidade fática que são evidentes.

Adicionalmente à realidade fática que enquadra os combustíveis como mercadorias essenciais, a Lei Complementar 194/2022, incluiu o art. 18-A no Código Tributário Nacional - CTN, segundo o qual, *“para fins da incidência do imposto de que trata o inciso II do caput do art. 155 da Constituição Federal, os combustíveis, o gás natural, a energia elétrica, as comunicações e o transporte coletivo são considerados bens e serviços essenciais e indispensáveis, que não podem ser tratados como supérfluos”*.⁴

Sendo a gasolina automotiva, portanto, uma mercadoria essencial, a alíquota de ICMS incidente sobre ela não pode ser maior do que a que recai sobre a generalidade das mercadorias e serviços (no caso do Estado de Mato

4 Vários dispositivos da Lei Complementar 194/2022 são objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 7.195) em trâmite no Supremo Tribunal Federal, entre eles o art. 1º da lei, que incluiu o art. 18-A no Código Tributário Nacional. Nos autos da ADI 7.195, é que esta Procuradoria-Geral da República manifestar-se-á, focadamente, quanto à constitucionalidade da norma.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Grosso do Sul, de 17%). Isso em respeito ao princípio constitucional da seletividade do ICMS, inscrito no inciso III do § 2º do art. 155 da Constituição Federal. Pelo que há de ser declarada a inconstitucionalidade da alínea “a” do inciso IX do art. 41 da Lei 1.810/1997, com a redação dada pelo art. 2º da Lei 5.434/2019, ambas do Estado de Mato Grosso do Sul.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, no entanto, não de se fazer eficazes apenas a partir de 2024, tendo em vista excepcional interesse social, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999. Aplicam-se aqui as mesmas razões que levaram o Supremo Tribunal Federal a postergar a eficácia da decisão de inconstitucionalidade tomada no RE 714.139. Confirmam-se as razões expostas pelo Ministro Dias Toffoli, redator daquele acórdão:

Desde já, esclareço que modifico a proposta anteriormente por mim elaborada, a fim de se estabelecer que a decisão da Corte produza efeitos não a partir do início do exercício financeiro de 2022 (como havia eu sugerido na última sessão), mas sim a partir de 2024, primeiro exercício financeiro regido pelo próximo plano plurianual (PPA) de plano plurianual (PPA) de cada unidade federada.

Para efeito de facilitar a apreciação dessa proposta, retomo os argumentos dos quais me utilizei na última sessão de julgamento deste caso e, após, acrescento novos elementos, os quais me convenceram da necessidade de se postergar o início da produção dos efeitos da decisão da Corte.

Em relação ao ICMS sobre energia elétrica, verifica-se que a adoção da tese de repercussão geral acima impactará, de maneira relevante, as finanças de diversos estados, sendo certo, afora isso, que várias unidades federadas editaram leis



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

em dissonância com tal tese, gerando receitas e expectativas de receitas até então tidas legítimas.

No tocante ao ICMS sobre telecomunicações, consignei que a legislação questionada não acompanhou a evolução econômico-social (paulatinamente, os serviços de telecomunicação passaram a ser contratados por pessoas com menor capacidade contributiva), tornando-se, com o passar do tempo, inconstitucional.

Em seguida, aduzi ser extremamente difícil estabelecer qual seria o momento exato em que a lei teria passado a ser inconstitucional. Além disso, realcei que **a lei questionada continuou a ser aplicada, com presunção de constitucionalidade, gerando receitas e expectativas de receitas para o Estado de Santa Catarina.** Note-se que esse ou aquele argumento também pode ser aplicado em relação às legislações de outros estados ou mesmo do Distrito Federal.

De mais a mais, vale complementar a argumentação com notícias veiculadas na mídia a respeito do julgamento do presente tema, revelando, em certa medida, **a magnitude do impacto da decisão da Corte nas contas públicas.**

(...)

Como se percebe, os montantes são elevados. É certo, ainda, que **as perdas de arrecadação ocorrem em tempos difíceis e atingem estados cujas economias já estão combalidas.**

Tendo presentes essas novas informações e ponderando os interesses e os valores em conflito, julgo que seria mais adequado, como dito acima, se estipular **que a decisão da Corte produza efeitos a partir de 2024, primeiro exercício financeiro regido pelo próximo (PPA) de cada unidade federada.**

A modulação dos efeitos da decisão tal como ora sugerida preservará o exercício financeiro em andamento (2021) e o próximo (2022), bem como o de 2023, ano em que tomarão posse os Governadores e os Deputados estaduais eleitos em 2022. Com isso, os impactos da decisão da Corte nas contas das unidades federadas serão amenizados em certa medida e num espaço de tempo adequado.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Ademais, considero importante ressaltar da modulação dos efeitos da decisão certas ações já ajuizadas. Note-se que medida como essa tem sido muito utilizada pela Corte (vide, v.g., os julgamentos da ADI nº 5.469/DF-ED e do RE nº 574.706/PR-ED). (...).

Em face do exposto, opina o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA pela procedência do pedido, para declarar a inconstitucionalidade da alínea “a” do inciso IX do art. 41 da Lei 1.810/1997, com a redação dada pelo art. 2º da Lei 5.434/2019, ambas do Estado de Mato Grosso do Sul. Manifesta-se também pela modulação temporal dos efeitos da decisão, a fim de que produza efeitos somente a partir de 2024, ressalvadas as ações já ajuizadas até a data de julgamento desta ação.

Brasília, data da assinatura digital.

Augusto Aras
Procurador-Geral da República
Assinado digitalmente

JMR