

18/12/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 714.139 SANTA CATARINA

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECTE.(S) : **LOJAS AMERICANAS S.A.**
ADV.(A/S) : **GERSON STOCCO DE SIQUEIRA**
ADV.(A/S) : **ANETE MAIR MACIEL MEDEIROS**
RECDO.(A/S) : **ESTADO DE SANTA CATARINA**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO ACRE**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DE ALAGOAS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO AMAPÁ**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO AMAZONAS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DA BAHIA**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO CEARÁ**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ**
INTDO.(A/S) : **DISTRITO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DE GOIÁS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO MARANHÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DE MATO GROSSO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO**

RE 714139 / SC

	GROSSO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
INTDO.(A/S)	:ESTADO DA PARAIBA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO PARANA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS

RE 714139 / SC

INTDO.(A/S) :SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE SERVIÇO MÓVEL CELULAR E PESSOAL (SINDITELEBRASIL)

ADV.(A/S) :LUIZ ROBERTO PEROBA BARBOSA

ADV.(A/S) :RODRIGO CORREA MARTONE

ADV.(A/S) :ANDRE TORRES DOS SANTOS

ADV.(A/S) :SAUL TOURINHO LEAL

INTDO.(A/S) :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PROVEDORES DE INTERNET E TELECOMUNICAÇÕES - ABRINT

ADV.(A/S) :PAULO HENRIQUE DA SILVA VITOR

ADV.(A/S) :ALAN SILVA FARIA

ADV.(A/S) :JORDANA MAGALHÃES RIBEIRO

ADV.(A/S) :GUSTAVO DE MELO FRANCO TÔRRES E GONÇALVES

EMENTA

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

RE 714139 / SC

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 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).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário de 10 a 17/12/21,

RE 714139 / SC

na conformidade da ata do julgamento e nos termos do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, por maioria de votos, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Roberto Barroso, apreciando o tema 745 da repercussão geral, em dar parcial provimento ao recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual nº 10.297/1996, salientando que os requisitos concernentes à restituição e compensação tributária situam-se no âmbito infraconstitucional. Foi fixada 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". Por fim, quanto à modulação dos efeitos da decisão proposta pelo Ministro Dias Toffoli, acompanhado pelo Ministro Nunes Marques, acordam ademais, os Ministros, por maioria, vencido o Ministro Edson Fachin, em modular os efeitos da decisão, estipulando que ela produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21), nos termos do voto ora reajustado do Ministro Dias Toffoli, redator do acórdão.

Brasília, 18 de dezembro de 2021.

Ministro Dias Toffoli

Redator do acórdão

17/02/2021**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 714.139 SANTA CATARINA**

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
RECTE.(S)	: LOJAS AMERICANAS S.A.
ADV.(A/S)	: GERSON STOCCO DE SIQUEIRA
ADV.(A/S)	: ANETE MAIR MACIEL MEDEIROS
RECDO.(A/S)	: ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTDO.(A/S)	: ESTADO DO ACRE
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE
INTDO.(A/S)	: ESTADO DE ALAGOAS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS
INTDO.(A/S)	: ESTADO DO AMAPÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ
INTDO.(A/S)	: ESTADO DO AMAZONAS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS
INTDO.(A/S)	: ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
INTDO.(A/S)	: ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
INTDO.(A/S)	: DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
INTDO.(A/S)	: ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
INTDO.(A/S)	: ESTADO DE GOIÁS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS
INTDO.(A/S)	: ESTADO DO MARANHÃO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO
INTDO.(A/S)	: ESTADO DE MATO GROSSO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO
INTDO.(A/S)	: ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RE 714139 / SC

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

INTDO.(A/S) :ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES) :ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S) :ESTADO DO PARÁ

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

INTDO.(A/S) :ESTADO DA PARAIBA

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA

INTDO.(A/S) :ESTADO DO PARANA

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANA

INTDO.(A/S) :ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) :ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

INTDO.(A/S) :ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S) :ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

INTDO.(A/S) :ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTDO.(A/S) :ESTADO DE RONDÔNIA

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA

INTDO.(A/S) :ESTADO DE RORAIMA

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA

INTDO.(A/S) :ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S) :ESTADO DE SERGIPE

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE

INTDO.(A/S) :ESTADO DO TOCANTINS

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS

INTDO.(A/S) :SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE SERVIÇO MÓVEL CELULAR E

RE 714139 / SC

	PESSOAL (SINDITELEBRASIL)
ADV.(A/S)	:LUIZ ROBERTO PEROBA BARBOSA
ADV.(A/S)	:RODRIGO CORREA MARTONE
ADV.(A/S)	:ANDRE TORRES DOS SANTOS
ADV.(A/S)	:SAUL TOURINHO LEAL
INTDO.(A/S)	:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PROVEDORES DE INTERNET E TELECOMUNICAÇÕES - ABRINT
ADV.(A/S)	:PAULO HENRIQUE DA SILVA VITOR
ADV.(A/S)	:ALAN SILVA FARIA
ADV.(A/S)	:JORDANA MAGALHÃES RIBEIRO
ADV.(A/S)	:GUSTAVO DE MELO FRANCO TÔRRES E GONÇALVES

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Tiago do Vale:

Lojas Americanas S.A. busca ver reformado acórdão mediante o qual a Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina assentou a constitucionalidade do artigo 19, inciso I, alínea “a”, da Lei estadual nº 10.297, de 26 de dezembro de 1996, a prever, relativamente ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS considerado fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicação, a alíquota de 25%, superior ao estabelecido para as operações em geral – 17%. Eis a síntese do pronunciamento:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ALÍQUOTA DE ICMS (25%). ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SELETIVIDADE, EM FUNÇÃO DA ESSENCIALIDADE DO PRODUTO (ART. 155 § 2º, III). INOCORRÊNCIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA

RE 714139 / SC

QUE DENEGOU A SEGURANÇA. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. A Constituição Federal dispõe que o ICMS “poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços” (art. 155, § 2º, III – grifei). Diferentemente, no caso do IPI a CF determina que “será seletivo, em função da essencialidade do produto” (art. 153, § 3º, I, da CF – grifei). Não há dúvida de que o legislador estadual não pode simplesmente desconsiderar a norma prevista no art. 155, § 2º, III, da CF, por conta da potestatividade inerente à expressão “poderá ser seletivo”. No entanto, há que reconhecer que é determinação que dá ao legislador margem mais ampla de decisão que a expressão “deverá ser seletivo”, reservada apenas ao IPI. Essa constatação restringe a atuação do Judiciário a hipóteses inequívocas de violação do Princípio da Seletividade, que não é o caso dos autos.

Para que o pleito formulado pelo impetrante pudesse ser apreciado pelo Judiciário, seria necessário que, por algum meio de prova, o interessado demonstrasse peremptoriamente a incompatibilidade da norma estadual com a determinação constitucional. Mais: essa prova, no caso do Mandado de Segurança, deveria ser pré-constituída. A seletividade conforme a essencialidade do bem somente poderia ser aferida pelo critério de comparação. Embora seja inequívoca a importância da energia elétrica e dos serviços de comunicação, a violação da seletividade não ficou demonstrada. (RMS 28.227/GO, Relator Ministro Herman Benjamin.)

No extraordinário, interposto com base nas alíneas “a” e “c” do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, a empresa sublinha inobservados os princípios da isonomia tributária e da seletividade do imposto estadual em função da essencialidade dos bens e serviços – artigos 150, inciso II, e 155,

RE 714139 / SC

§ 2º, inciso III, da Carta da República. Tem como determinado, e não apenas recomendado, ao legislador estadual, o critério da seletividade, a fim de as previsões de extrafiscalidade envolvendo o ICMS serem condicionadas à natureza essencial, ou não, do bem ou serviço.

Afirma que, mesmo tomado por não obrigatório o método da seletividade do imposto, deve-se extrair do comando constitucional norma no sentido de orientar-se a discriminação, quanto às alíquotas, pela regra da essencialidade, sendo fixado percentual maior para produto supérfluo e menor no caso de item essencial. Assevera ter o Estado de Santa Catarina, por meio da Lei nº 10.297/1996, procedido de forma diversa, ao estabelecer alíquota de 25% a incidir sobre as operações com energia elétrica e telecomunicações, inequivocamente essenciais, e de 17% tendo em conta as demais, surgindo a inconstitucionalidade.

Menciona equiparados, sob o ângulo da essencialidade, percentuais aplicados nas operações relativas a energia elétrica e nas atinentes a produtos supérfluos, a exemplo de cosméticos, armas, bebidas alcoólicas e cigarros, revelando-se critério desproporcional.

Realça imprópria a previsão de alíquotas menores – 12% – considerado o consumo de energia nos domicílios, por produtores ou cooperativas rurais, limitado a 150 Kw e 500 Kw, respectivamente, destacando condicionada a seletividade à mercadoria ou serviço, não ao destinatário. Diz inobservado o princípio da isonomia tributária, apontando ausente, no texto constitucional, justificativa para a diferenciação entre consumidores.

Busca o reconhecimento do direito de pagar o imposto sobre a aquisição de energia elétrica e serviços de telecomunicação pela alíquota geral de 17%, com restituição dos valores recolhidos a maior.

RE 714139 / SC

Sob o ângulo da repercussão geral, assinala ultrapassar a questão os limites subjetivos da lide, mostrando-se relevante dos pontos de vista político, econômico e social.

O Estado de Santa Catarina, em contrarrazões, sustenta, preliminarmente, a inadmissibilidade do extraordinário, ante a falta de prequestionamento e o envolvimento de matéria fática. No mérito, afirma o acerto do ato atacado. Sublinha competir aos Poderes Legislativo e Executivo a definição da forma de realizar a seletividade tributária quanto ao estabelecimento de políticas fiscais, presente o interesse social. Destaca a faculdade de o legislador ordinário estadual graduar as alíquotas do imposto, observando, sempre que possível, a capacidade contributiva a partir do princípio da seletividade. Assinala que a essencialidade do bem ou serviço varia de acordo com as características do consumidor.

A Primeira Turma, ao prover os declaratórios em agravo regimental interposto contra decisão de Vossa Excelência formalizada neste extraordinário, proclamou estar em jogo matéria constitucional e determinou a sequência do recurso.

O Pleno, em 13 de junho de 2014, admitiu a repercussão maior da questão:

IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ENERGIA ELÉTRICA – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – SELETIVIDADE – ALÍQUOTA VARIÁVEL – ARTIGOS 150, INCISO II, E 155, § 2º, INCISO III, DA CARTA FEDERAL – ALCANCE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade de norma estadual mediante a qual foi prevista a alíquota de 25% alusiva ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e

RE 714139 / SC

Serviços incidente no fornecimento de energia elétrica e nos serviços de telecomunicação, em patamar superior ao estabelecido para as operações em geral – 17%.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pelo provimento parcial do recurso, em parecer assim resumido:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 745. ICMS. ARTS. 150, II, E 155, § 2º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SELETIVIDADE E ESSENCIALIDADE. ENERGIA ELÉTRICA E TELECOMUNICAÇÕES. ALÍQUOTA ESPECÍFICA SUPERIOR À ALÍQUOTA GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO. MODULAÇÃO DE EFEITOS RECOMENDÁVEL.

1. É inconstitucional o art. 19, inciso II, alíneas “a” e “c”, da Lei estadual 10.297/1996 de Santa Catarina no que prevê alíquotas do ICMS superiores à geral a incidirem sobre energia elétrica e serviços de telecomunicações, por incompatibilidade com o princípio da seletividade/essencialidade.

2. Eliminada a regra especial que estipula alíquota majorada para energia elétrica e telecomunicações, tem-se que o ICMS de ambas cairá automaticamente na regra geral do Estado-membro e o contribuinte terá direito de pleitear a restituição dos valores pagos nos últimos cinco anos, nos termos do art. 168 do Código Tributário Nacional, não havendo falar em ofensa à separação de poderes por ativismo Judicial.

3. Concretiza o princípio da igualdade tributária a instituição, a partir de níveis reduzidos de consumo, de alíquotas progressivas na energia fornecida à população economicamente mais vulnerável, ao contrário do que sugere o recorrente, não havendo falar em ofensa ao art. 150, II, da Constituição. 3. Parecer pelo provimento parcial do recurso extraordinário.

RE 714139 / SC

4. Por colocar em risco a segurança jurídica e veicular matéria de excepcional interesse social, recomenda-se a modulação dos efeitos *pro futuro*, com estipulação de prazo razoável para adaptação da legislação do ICMS pelo Legislativo catarinense.

17/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 714.139 SANTA CATARINA

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Os pressupostos de recorribilidade foram atendidos. O recurso, subscrito por advogados credenciados, foi protocolado no prazo legal.

Não vinga o articulado, pelo Estado de Santa Catarina, em relação à necessidade de reexame fático. A controvérsia é eminentemente de direito. Em jogo a compatibilidade, com a Constituição Federal, da legislação impugnada, observados os princípios da isonomia e seletividade. A envergadura constitucional e a repercussão maior foram assentadas em sessão do Plenário Virtual.

No tocante ao prequestionamento, a matéria foi suficientemente abordada na origem. O instituto pressupõe debate e decisão prévios quanto ao tema jurídico versado nas razões do recurso, havendo, ou não, menção aos dispositivos envolvidos – recurso extraordinário de nº 128.519/DF, Pleno, de minha relatoria, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de março de 1991.

Eis as normas a serem examinadas:

Lei nº 10.297/1996:

[...]

Art. 19. As alíquotas do imposto, nas operações e prestações internas e interestaduais, inclusive na entrada de mercadoria importada e nos casos de serviços iniciados ou prestados no exterior, são:

I – 17% (dezessete por cento), salvo quanto às mercadorias e serviços relacionados nos incisos II e III;

II – 25% (vinte e cinco por cento) nos seguintes casos:

a) operações com energia elétrica;

b) operações com os produtos supérfluos relacionados na Seção I do Anexo Único desta Lei;

RE 714139 / SC

- c) prestações de serviços de comunicação;
 - d) operações com gasolina automotiva e álcool carburante;
- III – 12% (doze por cento) nos seguintes casos:
- a) operações com energia elétrica de consumo domiciliar, até os primeiros 150 Kw (cento e cinquenta quilowatts);
 - b) operações com energia elétrica destinada a produtor rural e cooperativas rurais redistribuidoras, na parte que não exceder a 500 Kw (quinhentos quilowatts) mensais por produtor rural;
- [...]

A teor do artigo 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal, foi adotada a técnica da seletividade considerado o ICMS:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

III – poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;

Ao contrário do ocorrido com o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, cuja observância ao método dá-se de maneira imperativa¹, facultou-se ao legislador, no caso do tributo estadual, a utilização.

As expressões “deverá” e “poderá ser” revestem-se de significados unívocos, no que o Direito, como ciência, possui princípios, institutos, expressões, vocábulos com sentido próprio. Na pureza da linguagem está

¹ “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...] IV - produtos industrializados; [...] § 3º O imposto previsto no inciso IV: I - será seletivo, em função da essencialidade do produto;”

RE 714139 / SC

o entendimento. E a segurança jurídica vem do apego a técnica maior.

Cumpra ressaltar que a facultatividade do método não significa inexistir, no preceito, núcleo essencial a ser preservado quando evocado pelo legislador ordinário.

Tomada de empréstimo lição de Roque Antonio Carraza, “embora haja uma certa margem de liberdade para o Legislativo tornar o imposto seletivo em função da essencialidade das mercadorias e serviços, estas expressões, posto fluidas, possuem um conteúdo mínimo, que permite se afira se o princípio em tela foi, ou não, observado em cada caso concreto”².

É pertinente o controle judicial a fim de garantir o respeito ao figurino constitucional.

O que se tem no caso? O legislador estadual previu alíquotas diferenciadas do ICMS, considerados determinados bens e serviços. Ao fazê-lo, enquadrou energia elétrica e telecomunicação no grupo em que contidos produtos supérfluos, prevendo tributação no patamar de 25%, ao passo que as operações em geral ficam sujeitas a 17%.

Adotada a seletividade, o critério não pode ser outro senão a essencialidade. Surge a contrariedade à Constituição Federal, uma vez inequívoco tratar-se de bens e serviços de primeira necessidade, a exigir a carga tributária na razão inversa da imprescindibilidade.

A utilidade social dos setores de energia elétrica e telecomunicação é revelada na Constituição Federal, em que foram alçados à condição de serviços públicos de competência da União – artigo 21, incisos XI e XII, alínea “b”.

Na mesma esteira, a Lei nº 7.883/1989, na parte em que versadas as limitações ao exercício do direito de greve, incluiu-os como atividades essenciais. Confirmam:

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; [...] VII - telecomunicações;

2 Carraza, Roque Antonio. *ICMS*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 541.

RE 714139 / SC

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, mediante pesquisa nacional contínua por amostra de domicílios, revelou a presença de energia elétrica em 99,8% das residências.³ Quanto aos estabelecimentos industriais e comerciais, a importância do bem é auto-evidente, sem o qual inviabilizada a atividade. Na dicção de Hugo de Brito Machado Segundo, "sem energia não há vendas, prestação de serviços ou produção. Não se vive, apenas se sobrevive, e mal."⁴

O relevo das telecomunicações não fica atrás. Levantamento da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel sinaliza que 98,2% da população brasileira tem acesso à telefonia e à internet móvel.⁵ A pandemia covid-19 veio confirmar a pertinência do serviço, no que viabilizou a prestação de outras atividades essenciais, como saúde, educação e prestação jurisdicional.

São setores de demanda predominantemente inelástica, ante a indispensabilidade. O acréscimo na tributação não gera realocação dos recursos, porquanto insubstituíveis os itens. Daí a necessária harmonia com o desenho constitucional, presente a fragilidade do contribuinte frente à elevação da carga tributária. Conforme fiz ver no julgamento do recurso extraordinário nº 1.043.313, Pleno, relator ministro Dias Toffoli, “a corda não pode arrebentar do lado mais fraco”.

O desvirtuamento da técnica da seletividade, considerada a maior onerosidade sobre bens de primeira necessidade, não se compatibiliza com os fundamentos e objetivos contidos no texto constitucional, a teor dos artigos 1º e 3º, seja sob o ângulo da dignidade da pessoa humana, seja sob a óptica do desenvolvimento nacional.

Levando em conta a calibragem das alíquotas instituídas pela norma local, impõe-se o reenquadramento jurisdicional da imposição tributária

3 Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/21130-domicilios-brasileiros.html>. Acesso em: 14 dez. 2020.

4 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. A tributação da energia elétrica e a seletividade do ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 62, São Paulo, Dialética, 2000, p. 73.

5 Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-09/telefonia-celular-alcanca-982-da-populacao-brasileira>. Acesso em: 14 dez. 2020.

RE 714139 / SC

sobre a energia elétrica e os serviços de telecomunicação, fazendo incidir a alíquota geral, de 17%.

Não se trata de anômala atuação legislativa do Judiciário. Ao contrário, o que se tem é glosa do excesso e, conseqüentemente, a recondução da carga tributária ao padrão geral, observadas as balizas fixadas pelo legislador comum, no papel que lhe é próprio.

Atua-se em âmbito essencial, assegurando direitos e garantias do contribuinte e preservando a moldura desenhada pelo constituinte de 1988. É hora de perceber que não há espaço para a sanha arrecadatória dos entes federados no que se sobreponha aos limites previstos no ditame maior.

Quanto à alegada incompatibilidade, com o princípio da isonomia, da fixação da alíquota de 12% considerados consumidores domiciliares e produtores ou cooperativas rurais, limitado o consumo a 150Kw e 500Kw, respectivamente, improcede a irresignação. Faz-se em jogo política fiscal do legislador voltada a consumidores com menor potencial econômico.

Em sendo o ICMS tributo indireto, qual seria o referencial para aferir-se a capacidade contributiva? Já o esclareceu este Tribunal, em precedente da lavra do ministro Ilmar Galvão, no recurso extraordinário nº 213.396. Nada obstante o recolhimento seja efetuado por contribuinte de direito designado por lei, a capacidade para contribuir é revelada a partir do consumidor dos bens e serviços, na condição de contribuinte de fato, uma vez ser a ele atribuído o ônus fiscal.

Não há óbice à conjugação dos princípios da seletividade, progressividade e capacidade contributiva, visando maximar a justiça fiscal.

Provejo parcialmente o extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual nº 10.297/1996. Saliento que os requisitos concernentes à restituição e compensação tributária situam-se no âmbito infraconstitucional.

RE 714139 / SC

Vencedor o enfoque, eis a 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.”

17/02/2021**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 714.139 SANTA CATARINA**

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECTE.(S) : **LOJAS AMERICANAS S.A.**
ADV.(A/S) : **GERSON STOCCO DE SIQUEIRA**
ADV.(A/S) : **ANETE MAIR MACIEL MEDEIROS**
RECDO.(A/S) : **ESTADO DE SANTA CATARINA**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO ACRE**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DE ALAGOAS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO AMAPÁ**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO AMAZONAS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DA BAHIA**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO CEARÁ**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ**
INTDO.(A/S) : **DISTRITO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DE GOIÁS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO MARANHÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DE MATO GROSSO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO**

RE 714139 / SC

	GROSSO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
INTDO.(A/S)	:ESTADO DA PARAIBA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO PARANA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS

RE 714139 / SC

INTDO.(A/S) :SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE SERVIÇO MÓVEL CELULAR E PESSOAL (SINDITELEBRASIL)

ADV.(A/S) :LUIZ ROBERTO PEROBA BARBOSA

ADV.(A/S) :RODRIGO CORREA MARTONE

ADV.(A/S) :ANDRE TORRES DOS SANTOS

ADV.(A/S) :SAUL TOURINHO LEAL

INTDO.(A/S) :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PROVEDORES DE INTERNET E TELECOMUNICAÇÕES - ABRINT

ADV.(A/S) :PAULO HENRIQUE DA SILVA VITOR

ADV.(A/S) :ALAN SILVA FARIA

ADV.(A/S) :JORDANA MAGALHÃES RIBEIRO

ADV.(A/S) :GUSTAVO DE MELO FRANCO TÔRRES E GONÇALVES

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Sr. Presidente, temos para exame o Tema 745 da Repercussão Geral, assim descrito:

“Alcance do art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal, que prevê a aplicação do princípio da seletividade ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS.”

Cuida-se de Recurso Extraordinário em que se discute a constitucionalidade do art. 19, I, ‘a’ e ‘c’, da Lei 10.297/1996, do Estado de Santa Catarina, que estabeleceu alíquota diferenciada de 25% para o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica e os serviços de telecomunicação, ao passo que, para as “operações em geral”, é aplicada a alíquota de 17%, considerando o disposto nos arts. 150, II, e 155, § 2º, III, da Constituição Federal.

Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado por Lojas Americanas S/A. em face de ato atribuído ao Diretor de Administração

RE 714139 / SC

Tributária da Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina, no qual se requer o reconhecimento do direito da impetrante de pagar o ICMS incidente sobre os serviços de comunicação e fornecimento de energia elétrica com base na alíquota interna de 17%, prevista no art. 19, I, da Lei Estadual 10.297/96, norma geral, sendo afastada a alíquota específica de 25%, prevista no artigo 19, II, 'a' e 'c', da referida norma estadual.

A impetrante narra que atua no comércio varejista e possui mais de dez lojas no Estado de Santa Catarina, enquadrando-se como contribuinte do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Comunicação e de Transporte Intermunicipal e Interestadual – ICMS no referido Estado.

Esclarece que, de acordo com o artigo 19, inciso II, 'a' e 'c', da Lei Estadual 10.297/96, a energia elétrica e os serviços de telecomunicações consumidos são alcançados pelo ICMS na alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), o que caracteriza tratamento diferenciado e discriminatório em relação à alíquota fixada para outros produtos, que se submetem ao regime ordinário, fixada no patamar de 17% (dezessete por cento).

Alega que a referida diferenciação utiliza critério aleatório e dissociado dos princípios constitucionais da isonomia e da seletividade e essencialidade (artigo 150, II, e 155, § 2º, III, da Constituição Federal), considerando que ofende a Constituição da República a fixação da alíquota em patamar majorado em relação a outros produtos de menor importância social.

Defende que é 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.

Aduz, ainda, a incompatibilidade da Lei Estadual 10.297/96 com o princípio da isonomia tributária (art. 150, II, da Constituição), porquanto diferencia consumidores industriais e comerciais dos consumidores domiciliares e dos produtores rurais e das cooperativas redistribuidoras, beneficiados pela alíquota de 12% (doze por cento) prevista no art. 19, III,

RE 714139 / SC

‘a’ e ‘b’ da referida norma estadual.

O Juízo de Primeiro grau, num primeiro momento, negou a concessão da medida liminar pleiteada e, na sentença, julgou improcedente o pedido inicial, ao fundamento de que, diferentemente do que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em relação ao IPI (imposto em que a seletividade é obrigatória), no caso do ICMS autorizou facultativamente a adoção do princípio da seletividade do imposto. Portanto, mostram-se razoáveis os critérios adotados pelo legislador estadual quanto às alíquotas do ICMS ora impugnadas, inexistindo abusos a serem reprimidos pelo Poder Judiciário (Doc. 18).

Irresignada, a impetrante apresentou recurso de apelação (Doc. 19), no qual argumenta, em síntese, que:

(a) a Constituição Federal, ao dispor no art. 155, § 2º, III, que o ICMS “poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.” não estabeleceu uma faculdade aos entes tributantes, mas uma obrigação;

(b) mesmo que se entenda pela facultatividade de se implementar a seletividade do ICMS, ao optar por incorporar o referido princípio à legislação estadual, deverá ser observado necessariamente o critério da essencialidade do produto, o que não foi observado no caso concreto;

(c) “para a adoção de alíquotas diferenciadas, deve ser analisada a essencialidade do produto. Ou seja, quanto maior a importância e necessidade do produto, menor deve ser obrigatoriamente a alíquota do ICMS incidente sobre o mesmo. No entanto, o Estado de Santa Catarina, ao editar a Lei nº 10.297/96, estabeleceu alíquotas diferenciadas para as diversas mercadorias/serviços sem observar o Princípio da seletividade/essencialidade. [...] Com efeito, a referida lei estadual, ao definir a alíquota aplicável nas operações com energia elétrica e serviços de telecomunicações, não considera o critério da essencialidade prevista na Carta Magna como fator

RE 714139 / SC

preponderante para a fixação da gradação do ônus tributário, pelo contrário, utiliza critério dissociado na importância social do produto ou serviço.” (fls. 9/10, Doc. 19);

(d) é notória a essencialidade da energia elétrica e dos serviços de telecomunicação, sendo reconhecida pela legislação pátria (Lei 7.783/89) como ‘indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade’;

(e) “o legislador estadual equiparou as operações com energia elétrica e os serviços de telecomunicações aos produtos cosméticos, armas, bebidas alcoólicas, fumo ao prever a alíquota de 25% para o cálculo do ICMS, sendo, frise-se, evidente a não observância dos Princípios da Seletividade/Essencialidade e da Proporcionalidade/Razoabilidade.” (fl. 16, Doc. 19);

(f) a essencialidade deve estar associada à mercadoria ou ao serviço propriamente ditos e não em razão do destinatário (se pessoa física ou jurídica) ou da sua destinação final (uso residencial ou comercial);

(g) “a violação ao princípio constitucional da isonomia é flagrante, pois dá ensejo à odiosa distinção, desprovida de qualquer critério, entre produtos de importância social diversa.” (fl. 19, Doc. 19); e

(h) a majoração do encargo tributário ora impugnado consiste em “ato confiscatório camuflado”.

A Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina conheceu do recurso de apelação e negou-lhe provimento, em acórdão assim ementado (fl.1, Doc. 1):

“APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ALÍQUOTA DE ICMS (25%). ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SELETIVIDADE, EM FUNÇÃO DA ESSENCIALIDADE DO PRODUTO (ART. 155, § 2º , III). INOCORRÊNCIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE DENEGOU A SEGURANÇA. PRECEDENTES. RECURSO

RE 714139 / SC

DESPROVIDO.

A Constituição Federal dispõe que o ICMS “poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços” (art. 155, § 2º, III – grifei). Diferentemente, no caso do IPI, a CF determina que “será seletivo, em função da essencialidade do produto” (art. 153, § 3º, I, da CF – grifei). Não há dúvida de que o legislador estadual não pode simplesmente desconsiderar a norma prevista no art. 155, § 2º, III, da CF, por conta da potestatividade inerente à expressão “poderá ser seletivo”.

No entanto, há que reconhecer que é determinação que dá ao legislador margem mais ampla de decisão que a expressão “deverá ser seletivo”, reservada apenas ao IPI.

Essa constatação restringe a atuação do Judiciário a hipóteses inequívocas de violação do Princípio da Seletividade, que não é o caso dos autos.

Para que o pleito formulado pelo impetrante pudesse ser apreciado pelo Judiciário. Seria necessário que, por algum meio de prova, o interessado demonstrasse peremptoriamente a incompatibilidade da norma estadual com a determinação constitucional. Mais: essa prova, no caso do Mandado de Segurança, deveria ser pré-constituída.

A seletividade conforme a essencialidade do bem somente poderia ser aferida pelo critério de comparação. Embora seja inequívoca a importância da energia elétrica e dos serviços de comunicação, a violação da seletividade não ficou demonstrada (RMS 28.227/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin).”

No Recurso Extraordinário (Doc. 10), com fundamento no art. 102, inciso III, alínea ‘a’ e ‘c’, da Constituição Federal, a parte recorrente alega ter o acórdão recorrido violado os Princípios da Seletividade/Essencialidade, e da Isonomia Tributária, previstos, respectivamente, nos arts. 155, §2º, III, e 150, II, da Carta Magna.

Sustenta em síntese, que “O Poder Constituinte, ao dispor no inciso II, do § 2º, do artigo 155, da CF/88, que o ICMS ‘poderá ser seletivo em

RE 714139 / SC

função da essencialidade das mercadorias e dos serviços', não propôs simplesmente uma recomendação aos entes tributantes, mas sim estabeleceu determinação a eles. Nesse sentido percebe-se que a extrafiscalidade inerente ao ICMS encontra-se condicionada ao caráter do bem ou serviço em questão. Ou seja, ao estabelecer a alíquota do ICMS de forma seletiva (faculdade), deve-se observar a importância do bem ou serviço (imperatividade)." (fl.9, Doc. 10).

Destaca, ainda, que o ente tributante está restrito à possibilidade de instituir a cobrança do ICMS em alíquota única ou em alíquotas diferenciadas - inexistindo, caso se opte pela adoção de alíquotas diferenciadas, a faculdade de adotar critério diverso da seletividade/essencialidade da mercadoria ou serviço. Desse modo, para a adoção de alíquotas diferenciadas pelo legislador estadual, obrigatoriamente deve ser analisada a essencialidade do produto, de modo que, quanto maior o grau de importância e necessidade do produto, menor deve ser a alíquota do ICMS sobre ele incidente.

Assim, alega que a Lei 10.297/96 do Estado de Santa Catarina não observou o critério da seletividade/essencialidade do produto, uma vez que aplicou a alíquota majorada de 25 % tanto para a energia elétrica e para os serviços de telecomunicação - incontestavelmente essenciais e indispensáveis -, quanto para mercadorias não essenciais, como bebidas alcoólicas, cigarros, armas, perfumes e cosméticos, sendo que a alíquota aplicável às demais mercadorias e serviços em geral é de 17%.

Sustenta, ainda, que o acórdão recorrido merece ser reformado, tendo em vista que atribuiu a essencialidade da energia elétrica apenas aos consumidores residenciais e produtores rurais, para os quais a alíquota é de 12 % nos termos do art. 19, III, da Lei Estadual 10.297/96. Registra, no entanto "a essencialidade depende da mercadoria ou do serviço e não do destinatário ou da fase de circulação de tal mercadoria, ou seja, não importa para quem será encaminhada a mercadoria ou

RE 714139 / SC

prestado o serviço, mas sim o efetivo objeto dessa circulação ou da natureza do serviço.”(fl. 18, Doc. 10).

Por fim, conclui que os critérios adotados pelo Estado de Santa Catarina na fixação das alíquotas do ICMS não é o da essencialidade, e que a distribuição de alíquotas adotadas na atual legislação local acarreta ofensa ao princípio da isonomia tributária (art. 150, II, da Constituição Federal), considerando que “a única possibilidade de se afastar a aplicação do princípio da isonomia na esfera do ICMS é quando se aplica o princípio da seletividade do imposto, cuja aplicação está atrelada ao consumo e não ao sujeito passivo da obrigação tributária.” (fl. 20, Doc. 10). ,

Nesse contexto, assevera que o Tribunal de origem teria aplicado o princípio da seletividade em função da capacidade contributiva do consumidor, em detrimento ao caráter essencial do bem ou serviço, diferenciando os consumidores industriais e comerciais dos consumidores domiciliares, produtores rurais e cooperativas rurais aplicando a estes a alíquota de 12% e àqueles a alíquota majorada de 25%.

Em contrarrazões (Doc. 11), o Estado de Santa Catarina sustentou, preliminarmente, que o apelo extremo não preenche os requisitos do prequestionamento e da fundamentação a respeito da repercussão geral da matéria, bem como que a análise do recurso demandaria o reexame de fatos e prova, inviável na via extraordinária.

Quanto ao mérito, alegou, em síntese, que, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva legal, não compete ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo alterando as disposições legais impugnadas.

Asseverou que “o estabelecimento de políticas fiscais, como a implementação do princípio constitucional da seletividade tributária e a definição de quais são os bens ou serviços essenciais e que serão tributados com a alíquota reduzida, é competência do Poder Legislativo e Executivo, tendo em vista o interesse social, o que ‘escapa do controle do Poder Judiciário e envolve juízo de conveniência e oportunidade do

RE 714139 / SC

Poder Executivo' (STF, RE 18591/SP)" (fl. 5, Doc. 11).

Destacou, ainda, que:

(a) o art. 145, § 1º, da Constituição Federal, instituiu o princípio da capacidade contributiva, determinando que, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte;

(b) no caso do ICMS, o constituinte facultou ao legislador ordinário estadual a adoção do princípio da seletividade, observando, sempre que possível, a capacidade contributiva do contribuinte;

(c) a Constituição Federal não impõe obrigatoriamente a seletividade ao ICMS, também não estabeleceu balizas ou regras específicas para conferência do que é, ou não, essencial, para quem o é, e em quais circunstâncias, desse modo, o princípio da seletividade serve apenas para nortear o legislador estadual no estabelecimento das alíquotas do imposto;

(d) os critérios de seletividade não são balizas uniformes ou imutáveis, e não podem determinar quais os produtos devem adotar a alíquota mínima e quais a máxima, matéria afeta à discricionariedade do legislador estadual;

(e) "não se pode pretender, como equivocadamente fez a apelante, que não seja considerada na relação de essencialidade, para fins de aplicação do princípio da seletividade, a qualidade do consumidor, porquanto essa qualidade é um dado indispensável para o estabelecimento daquilo que é ou não é indispensável ou essencial." (fl. 12, Doc. 11);

(f) "em que pese o entendimento contrário da recorrente, pode-se concluir que a regra constitucional que alberga o princípio da seletividade delegou ao Poder Executivo a competência para sua concretização com fundamento no princípio da razoabilidade e proporcionalidade na fixação de alíquotas do tributo, em face de sua essencialidade" (fl. 14, Doc. 11); e

(g) tendo em vista os princípios constitucionais da

RE 714139 / SC

razoabilidade e da proporcionalidade o Estado de Santa Catarina, ao estabelecer as alíquotas do ICMS, considerou ser essencial a energia elétrica em residências até o limite de 150Kw por mês, para a qual é cobrada alíquota de 12%, no entanto, o consumo acima deste limite não é mais considerado como ideal e sim como supérfluo, incidindo, por essa razão, alíquota mais alta; de igual modo, considerou essencial a energia elétrica consumida pelos produtores rurais e cooperativas rurais de redistribuição até o total de 500Kw mensais por produtor, entendendo que em todos os outros casos o consumo de energia não será considerado essencial, mormente pelos consumidores comerciais e industriais, os quais desenvolvem atividade econômica remunerada, e possuem capacidade para repassar os custos indiretamente ao consumidor final de seus produtos.

O Recurso Extraordinário foi admitido na origem, e os autos foram remetidos a esta SUPREMA CORTE (Doc. 17).

Inicialmente, o apelo extremo foi inadmitido pelo ilustre relator, Ministro MARCO AURÉLIO, aos argumentos de que “(a) “as razões do extraordinário partem de pressupostos fáticos estranhos ao acórdão atacado, buscando-se, em síntese, o reexame dos elementos probatórios para, com fundamento em quadro diverso, assentar-se a viabilidade do recurso” e (b) “o acórdão impugnado revela interpretação de normas estritamente legais, não ensejando campo ao acesso ao Supremo.” (Doc. 23).

A recorrente apresentou agravo regimental (Doc. 4), sustentando, em síntese, que não se busca o reexame de questões fático-probatórias, mas somente a reforma do acórdão proferido pelo Tribunal de origem, a fim de que seja reconhecida a violação aos arts. 150, II, e 155, § 2º, III, todos da CF/88, e garantida a segurança pleiteada na exordial, reconhecendo o direito líquido e certo da Agravante recolher o ICMS incidente sobre a energia elétrica e sobre os serviços de telecomunicações com base na alíquota interna de 17%. Aduziu, ainda, que o requisito de

RE 714139 / SC

admissibilidade recursal da existência de ofensa direta a texto constitucional foi devidamente observado pela agravante, que apontou a ofensa direta aos artigos 155, §2º, III, e 150, II, da CF/88, os quais preveem os Princípios da Seletividade/Essencialidade e da Isonomia Tributária.

A Primeira Turma do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL negou provimento ao agravo regimental nos termos da seguinte ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA FÁTICA E LEGAL. O recurso extraordinário não é meio próprio ao revolvimento da prova, também não servindo à interpretação de normas estritamente legais.

AGRAVO – ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé.”

Irresignada, a parte agravante apresentou embargos de declaração no qual destacou omissões quanto à real interpretação dada pelo Tribunal de origem ao objeto da demanda considerando que (a)“ao contrário do que restou assentado no v. acórdão embargado, o Eg. Tribunal a quo, ao analisar o mérito do mandamus, manifestou expressamente o entendimento de que a aplicação da alíquota majorada de 25% aos serviços de telecomunicação e à energia elétrica, no âmbito de Santa Catarina, em detrimento à ordinária (17%), não viola o Princípio da Seletividade, insculpido no art. 155, §2º, III, da CF/88, tampouco o Princípio da Isonomia.” (fl. 2, Doc. 5) e (b)“o v. acórdão ora embargado, ao consignar que o Recurso Extraordinário interposto pela ora Embargante exige reexame de elementos probatórios, partiu de premissa equivocada, eis que o Tribunal a quo expressamente atestou a indispensabilidade da energia elétrica e serviços de telecomunicação, tendo apenas argumentado, equivocadamente, que para a constatação de violação ao Princípio da Seletividade seria necessária a produção de

RE 714139 / SC

provas pelo critério de comparação, o que, todavia, não o eximiu de concluir pela inexistência de ilegalidade/inconstitucionalidade das alíquotas do imposto sob análise, tampouco do direito líquido e certo da Impetrante, ora Embargante” (fl. 6, Doc. 5).

Os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento datado de 3 de setembro de 2013, deram provimento aos embargos de declaração no agravo regimental para dar prosseguimento ao recurso extraordinário. A propósito, veja-se a ementa do julgado (fl. 1, Doc. 39):

“EMBARGOS DECLARATÓRIOS – MULTA – ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Ante a inexistência de aperfeiçoamento de decisão no qual imposta a multa, presentes os embargos declaratórios, não se pode exigí-la quanto a estes últimos.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS – OMISSÃO. Uma vez constatada omissão, a envolver fundamento constitucional consignado no acórdão de origem, cabe prover os declaratórios para que o extraordinário tenha regular sequência.”

Em julgamento datado de 12 de junho de 2014, o Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria, fixando o Tema 745, em acórdão assim ementado (fl. 1, Doc. 48):

“IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ENERGIA ELÉTRICA – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – SELETIVIDADE – ALÍQUOTA VARIÁVEL – ARTIGOS 150, INCISO II, E 155, § 2º, INCISO III, DA CARTA FEDERAL – ALCANCE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade de norma estadual mediante a qual foi prevista a alíquota de 25% alusiva ao Imposto sobre a

RE 714139 / SC

Circulação de Mercadorias e Serviços incidente no fornecimento de energia elétrica e nos serviços de telecomunicação, em patamar superior ao estabelecido para as operações em geral – 17%.”

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo parcial provimento do recurso, em parecer que recebeu a seguinte ementa (fls. 1-2. Doc. 59):

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 745. ICMS. ARTS. 150, II, E 155, § 2º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SELETIVIDADE E ESSENCIALIDADE. ENERGIA ELÉTRICA E TELECOMUNICAÇÕES. ALÍQUOTA ESPECÍFICA SUPERIOR À ALÍQUOTA GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO. MODULAÇÃO DE EFEITOS RECOMENDÁVEL.

1. É inconstitucional o art. 19, inciso II, alíneas “a” e “c”, da Lei estadual 10.297/1996 de Santa Catarina no que prevê alíquotas do ICMS superiores à geral a incidirem sobre energia elétrica e serviços de telecomunicações, por incompatibilidade com o princípio da seletividade/essencialidade.

2. Eliminada a regra especial que estipula alíquota majorada para energia elétrica e telecomunicações, tem-se que o ICMS de ambas cairá automaticamente na regra geral do Estado-membro e o contribuinte terá direito de pleitear a restituição dos valores pagos nos últimos cinco anos, nos termos do art. 168 do Código Tributário Nacional, não havendo falar em ofensa à separação de poderes por ativismo Judicial.

3. Concretiza o princípio da igualdade tributária a instituição, a partir de níveis reduzidos de consumo, de alíquotas progressivas na energia fornecida à população economicamente mais vulnerável, ao contrário do que sugere o recorrente, não havendo falar em ofensa ao art. 150, II, da Constituição.

3. Parecer pelo provimento parcial do recurso

RE 714139 / SC

extraordinário.

4. Por colocar em risco a segurança jurídica e veicular matéria de excepcional interesse social, recomenda-se a modulação dos efeitos pro futuro, com estipulação de prazo razoável para adaptação da legislação do ICMS pelo Legislativo catarinense.”

Os demais Estados da Federação e o Distrito Federal solicitaram sua admissão no debate, o que foi deferido pelo eminente relator.

O ilustre Ministro MARCO AURÉLIO, relator, admitiu, também, a Associação Brasileira de Provedores de Internet e Telecomunicações - ABRINT e o Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular Pessoal – Sinditelebrasil na qualidade de terceiros interessados no processo, recebendo-o no estágio em que se encontra.

Iniciada a votação, o ilustre relator, Ministro MARCO AURÉLIO, apresentou seu voto pelo parcial provimento do recurso extraordinário com proposta da seguinte tese para o Tema 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.”

É o que cumpria relatar.

I. Introdução

Senhor Presidente, temos para análise, sob a sistemática da repercussão geral, recurso extraordinário em que se debate, com base nos princípios constitucionais da seletividade (art. 155, § 2º, III) e da isonomia

RE 714139 / SC

tributária (art. 150, II), a constitucionalidade das alíquotas estabelecidas pelo Estado de Santa Catarina para o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS incidente sobre operações com energia elétrica e os serviços de telecomunicação.

Para melhor compreensão da matéria, cito os referidos dispositivos constitucionais:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;”

Por oportuno, cito, também, as seguintes disposições da Lei 10.297/1996 do Estado de Santa Catarina, ora postas em debate:

“Art. 19. As alíquotas do imposto, nas operações e prestações internas e interestaduais, inclusive na entrada de

RE 714139 / SC

mercadoria importada e nos casos de serviços iniciados ou prestados no exterior, são:

I - 17% (dezessete por cento), salvo quanto às mercadorias e serviços relacionados nos incisos II a IV;

II - 25% (vinte e cinco por cento) nos seguintes casos:

a) operações com energia elétrica;

b) operações com os produtos supérfluos relacionados na Seção I do Anexo I desta Lei;

c) prestações de serviços de comunicação;

III - 12% (doze por cento) nos seguintes casos:

a) operações com energia elétrica de consumo domiciliar, até os primeiros 150 kWh (cento e cinquenta quilowatts-hora);

b) operações com energia elétrica destinada a produtor rural e cooperativas rurais redistribuidoras, na parte que não exceder a 500 kWh (quinhentos quilowatts-hora) mensais por produtor rural;”

Pois bem, Senhor Presidente, cumpre a esta SUPREMA CORTE definir se a seletividade do ICMS prevista no inciso III do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal é de observância obrigatória ou facultativa pelos Estados.

Cabe, ainda, definir se sua aplicabilidade deve se dar única e exclusivamente em função da essencialidade do produto, ou se é possível admitir a sua aplicação pelo ente federado conjugada com outros critérios constitucionais. Conceder-se-ia, assim, ao legislador estadual certa margem de discricionariedade para, considerando as peculiaridades e interesses locais, adotar alíquotas diversas em razão não apenas da essencialidade do bem, mas também considerando-se a finalidade do bem tributado e as características do respectivo consumidor, a fim de dar efetividade à isonomia e ao princípio da capacidade contributiva.

A respeito dos princípios da isonomia tributária, da capacidade contributiva e da seletividade do ICMS, invocados pela recorrente, destaco os ensinamento de LEANDRO PAULSEN e KIYOSHI HARADA:

RE 714139 / SC

“Efetivamente, o princípio da isonomia não apenas proíbe tratamentos diferenciados sem uma justificação constitucional, como exige tratamentos diferenciados onde haja distinta capacidade contributiva ou essencialidade do produto. Justifica-se a diferenciação tributária quando, presente uma finalidade constitucionalmente amparada, o tratamento diferenciado seja estabelecido em função de critério que com ela guarde relação e que efetivamente seja apto a levar ao fim colimado.” (PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 11. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. página 114)

“A capacidade contributiva não constitui apenas um critério de justiça fiscal capaz de fundamentar tratamento tributário diferenciado de modo que seja considerado como promotor e não como violador da isonomia. Configura verdadeiro princípio a orientar toda a tributação, inspirando o legislador e orientando os aplicadores das normas tributárias.” (PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 11. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 99)

“Dispõe o art. 155, § 2º, III da CF que o ICMS “poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços”.

Não se trata de imposto seletivo, mas de imposto cujas alíquotas poderão ser seletivas em função da essencialidade dos bens objetos de circulação mercantil.

Não concordamos com o posicionamento de alguns estudiosos, que a partir da distinção entre normas de estrutura e normas de conduta, inclui o retrocitado inciso III, do § 2º, do art. 155 da CF dentre as primeiras, para sustentar que o legislador ordinário deve, necessariamente, observar a seletividade em função da essencialidade das mercadorias ou serviços. A seletividade integraria, por assim dizer, o próprio processo legislativo. A palavra “poderá” não deve ser confundida com a palavra “será”, que consta em relação ao IPI (art. 153, § 3º, I da CF). O ICMS poderá ser seletivo, ao passo que o IPI deverá ser seletivo. É o que determina a Carta Magna.

RE 714139 / SC

Não vejo como se possa sustentar que a seletividade do ICMS integra o processo legislativo, com fundamento no conceito de norma de estrutura, que não tem pertinência ao caso sob exame. Mais grave, ainda, a confusão feita entre o verbo “poder” com o substantivo “poder”, para sustentar que, quando o Texto Magno confere um poder, está a conferir ipso facto um dever. É certo que existe o poder-dever dos entes políticos, como bem salienta o festejado jurista Celso Antonio Bandeira de Mello. Só que aí se trata de poder enquanto força imanente do Governo para atingir a finalidade do Estado. Nada tem a ver com a disposição constitucional sob comento, que emprega a palavra “poderá” como futuro do verbo poder.

Entretanto, a faculdade de implementar a seletividade das alíquotas do imposto não significa liberdade de o legislador impor alíquotas mais gravosas para mercadorias e serviços considerados essenciais. É como um preceito constitucional de natureza programática, que surte efeito por seu aspecto negativo, isto é, o legislador ordinário não poderá editar normas que a contravenham, mas poderá deixar de implementá-la.” (HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 27 ed. - São Paulo: Atlas, 2018. páginas 519-520)

Quanto à hipótese dos autos, eis os argumentos do Tribunal de origem para, reconhecendo que o constituinte estabeleceu o princípio da seletividade do ICMS como uma faculdade ao legislador estadual, e não como uma imposição, manter a sentença que denegou a segurança pleiteada pela recorrente (fls. 6-11, Doc. 1):

“Da leitura do art. 155, § 2º, III, da CRFB, é possível concluir que relativamente ao ICMS, os Estados estão autorizados a adotar, em seu território, o princípio da seletividade em função da essencialidade. Trata-se, portanto de uma faculdade e não de uma imperatividade.

No âmbito catarinense, essa faculdade foi exercida, pois, como visto, foram adotadas alíquotas diferenciadas para a incidência do ICMS, estabelecendo-se o índice de 17%

RE 714139 / SC

(dezessete por cento) como alíquota geral, o de 25% (vinte e cinco por cento) como alíquota máxima e o de 12% (doze por cento) como alíquota mínima.

No que tange à energia elétrica, fixou-se que a regra geral é a de que o imposto seja cobrado à razão de vinte e cinco por cento. As exceções, portanto, estão elencadas no inciso III do art. 19 a LE 10.297/1996, alíneas a e b.

Não há dúvida quanto à indispensabilidade da energia elétrica para a sociedade atual, tanto no âmbito domiciliar como no comercial e no industrial. E, é justamente por se tratar de um item de primeira necessidade, que o Estado precisa criar mecanismos para evitar cortes no seu fornecimento.

É o que ocorreu no caso do ICMS relativo aos serviços citados pelo demandante, uma vez que o intuito do legislador catarinense foi desestimular o consumo justamente nos setores onde este é mais elevado, bem como evitar o desperdício e, conseqüentemente, as interrupções na distribuição.

Nesse sentido, esta Quarta Câmara já decidiu:

[...]

Do corpo do acórdão mencionado, extraem-se os seguintes ensinamentos, os quais trago para integrar este voto:

Não obstante, a utilização de alíquota mais elevada sobre operações com energia elétrica não viola o princípio constitucional da seletividade fundado na essencialidade da mercadoria, sobretudo porque ela não tem apenas o objetivo de abastecer os cofres públicos com os recursos financeiros necessários à manutenção das atividades estatais (fiscalidade), mas principalmente o de evitar o consumo desnecessário e o desperdício que, se não for impedido, ou ao menos, controlado, poderá levar ao racionamento forçado, como aquele ocorrido no ano de 2001 (extrafiscalidade), prejudicando todas as classes de consumidores.

[...]

Não é demasiado lembrar que para o consumo

RE 714139 / SC

domiciliar de energia elétrica, até os primeiros 150Kw, a legislação estadual prevê que o ICMS será calculado com base na alíquota de 12%, e também será de 12% para a energia elétrica destinada ao produtor rural e cooperativas rurais redistribuidoras naquilo que não ultrapassar os 500Kw mensais por produtor rural, circunstância que atende aos princípios da seletividade (art. 155, § 2º, inciso III, da CF/88), da capacidade contributiva ou da capacidade econômica (art. 145, § 1º, da CF/88) e da própria igualdade genérica ou tributária (art. 5º, caput e inciso I, e 150, inciso II, da Carta Magna).

[...]

Ora, a Lei Estadual nº 10.927/1996 que, nos seus arts. 19 e 20, tratou das alíquotas do ICMS, não atenta contra o princípio da isonomia, seja geral ou tributária (arts. 5º, caput, e 150, inciso II, da CF/88), uma vez que a redução da alíquota de 25% para 12%, no caso do consumo domiciliar até 150 Kw, e do produtor rural e cooperativas redistribuidoras até o consumo de 500Kw mensais por produtor, leva, em conta, evidentemente, a menor capacidade econômica deles, em relação aos demais, de modo a tratar desigualmente os desiguais.

Ultrapassado aquele limite, haverá incidência da alíquota de 25% tanto para o consumidor domiciliar quanto para o produtor rural. O princípio da igualdade geral ou tributária não foi violado pela legislação tributária estadual, haja vista que na alíquota de 25 % estão inseridos os consumidores comerciais, industriais e os prestadores de serviços, dispensando-se a todos esses iguais, portanto, idêntico tratamento. Os desiguais, em relação ao comerciante, ao industrial e ao prestador de serviços, são os consumidores domiciliares, os produtores rurais e as cooperativas redistribuidoras que, entre eles, recebem tratamento igualitário.

Logo, não há ofensa ao princípio da igualdade/isonomia porquanto a Lei Estadual n.

RE 714139 / SC

10.297/1996, no dizer de SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO (Curso de Direito Tributário Brasileiro. 9 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 273), discriminou “adequadamente os desiguais, na medida de suas desigualdade”; e “não discriminou entre os iguais”, uma vez que foram tratados igualmente.

4. Alega o apelante que, em se tratando de imposto indireto, o legislador não poderia eleger a capacidade contributiva, a qualidade do consumidor e nem a quantidade do consumo como critérios da seletividade das alíquotas do ICMS.

Todavia, mais uma vez razão não lhe assiste.

Ora, o simples fato de se fixar alíquotas seletivas, graduando-as de acordo com a essencialidade do produto ou serviço, torna evidente que determinados produtos e serviços somente serão adquiridos e/ou utilizados por quem tenha maior capacidade econômica e/ou contributiva, de sorte que, ainda que o legislador não a adote explicitamente como critério da seletividade das alíquotas, o poder econômico e/ou capacidade contributiva do contribuinte está intimamente vinculada ao consumo dessa ou daquela mercadoria, ou à aquisição desse ou daquele serviço, vale dizer, os produtos e serviços, regra geral, não deixam de ser adquiridos em razão da alíquota do imposto que incide sobre eles, mas sim em virtude do poder aquisitivo do consumidor.

Não se vislumbra qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade relativamente à redução da alíquota de 25% para 12% no tocante ao consumo domiciliar até 150Kw; e para a energia elétrica destinada ao produtor rural e cooperativas rurais redistribuidoras até o limite de 500Kw mensais por produtor rural, sobretudo porque, como já enfatizado, não há ofensa aos princípios constitucionais da seletividade em razão da essencialidade da mercadoria, da isonomia geral ou tributária, da razoabilidade e da proporcionalidade.

RE 714139 / SC

[...]

Sendo assim, conclui-se inexistente qualquer ilegalidade das alíquotas do imposto sob análise, tampouco a violação de direito líquido e certo da impetrante.

Deste modo, a manutenção da sentença de primeiro grau é medida que se impõe, razão pela qual o recurso deve ser conhecido e desprovido.”

II. Seletividade da alíquota do ICMS sobre a energia elétrica

Verifica-se, desse modo, que o Estado de Santa Catarina adotou a seletividade das alíquotas do ICMS em sua legislação tributária. Quanto à alíquota estabelecida para a energia elétrica, reconheceu sua essencialidade, considerou o princípio da capacidade contributiva e acrescentou-lhe efeitos extrafiscais, a fim de: a) aplicar alíquota reduzida (12%) aos consumidores que possuem menor capacidade econômica/contributiva, compensando-se com a aplicação de alíquota majorada (25%) para os consumidores considerados de maior poder econômico/contributivo; e b) estimular o consumo consciente e desestimular o desperdício dos consumidores de energia elétrica a fim de evitar escassez do serviço e/ou eventuais racionamentos.

Da análise da legislação estadual ora impugnada e das razões do juízo de origem, verifica-se que o Estado de Santa Catarina - assim como vários outros Estados que adotam legislação semelhante -, aplicou o princípio da seletividade do ICMS nas operações com energia elétrica em conjunto com o princípio da capacidade contributiva imprimindo-lhe efeitos extrafiscais, **o que entendo estar em sintonia com a Constituição Federal.**

As normas constitucionais devem ser interpretadas como um todo harmônico e coerente, sendo inadequado analisá-las de forma isolada e excludente entre si, como pretende a parte recorrente, com fundamento

RE 714139 / SC

na doutrina a respeito da matéria, a fim de obter o resultado mais favorável ao particular em detrimento dos interesses coletivos.

Verifica-se, na presente hipótese, que a parte recorrente, a pretexto de fazer aplicar adequadamente o princípio da seletividade com base exclusivamente na essencialidade do bem, requer o afastamento da sistemática adotada pela legislação estadual.

Como vimos, a legislação catarinense adotou não apenas o princípio da essencialidade do bem, mas considerou também o da capacidade contributiva para, reconhecendo a essencialidade da energia elétrica, adotar alíquota reduzida (12%) para aqueles consumidores que possuem consumo reduzido (até 150Kwh mensais para usuários domiciliares, e 500Kwh mensais para produtores rurais e cooperativas rurais redistribuidoras até o limite de 500Kwh mensais por produtor), a respeito dos quais presumiu-se menor capacidade contributiva; e alíquota majorada (25%) para os demais consumidores (consumidores domésticos com consumo elevado - presumidamente com maior capacidade econômica/ contributiva-, e consumidores empresariais, comerciantes e industriais, os quais utilizam a energia elétrica para produzir riquezas em seus respectivos estabelecimentos).

Desse modo, considerando o disposto no art. 150, II, c/c 145, § 1º, da Constituição Federal, considero que não houve qualquer ofensa à isonomia tributária, uma vez que ausente tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente. Muito pelo contrário, o tratamento diferenciado foi estabelecido pelo Estado justamente com vistas a equalizar o ônus das operações com energia elétrica, de modo a cobrar mais de quem consome mais e possui maior capacidade contributiva, e cobrar menos de quem consome menos e possui menor capacidade contributiva.

Leciona LEANDRO PAULSEN, que o comando constitucional da capacidade contributiva trata-se de princípio tributário fundamental

RE 714139 / SC

aplicável a toda e qualquer espécie tributária, aplicando-se de modo distinto conforme as características de cada tributo. Ressalta o referido doutrinador que “A essencialidade do produto, portanto, realmente constitui critério para diferenciação das alíquotas que acaba implicando homenagem ao princípio da capacidade contributiva. Para FÁBIO CANAZARO, a essencialidade que orienta a seletividade constitui princípio promotor da igualdade, na medida em que esta exige “tratamento equânime para contribuintes que possuam a mesma capacidade para suportar o encargo fiscal” e “tratamento diverso para contribuintes com capacidades diversas”. (PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 11. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 226)

Desse modo, entendo ser perfeitamente aplicável o princípio da seletividade do ICMS conjuntamente com o da capacidade contributiva, como no caso em apreço.

Além disso, cumpre destacar que, em função da diversidade socioeconômica das diversas unidades da federação, não há como estabelecer um critério rígido para a seletividade/essencialidade dos bens sobre os quais incidem o ICMS.

Portanto, compete ao legislador tributário estadual levar em conta as necessidades e peculiaridades regionais, a fim de estabelecer as alíquotas do ICMS, considerando não apenas a essencialidade do bem em si mesma (como sustentado pela recorrente e por grande parte da doutrina), mas também o princípio da isonomia e da capacidade contributiva, tendo em vista que se trata de princípios que devem orientar toda a tributação, servindo de norte ao legislador tributário bem como aos operadores do direito.

Também não há como negar a possibilidade de o legislador estadual, ao estabelecer alíquotas seletivas ao ICMS, adotar efeitos extrafiscais ao imposto, a fim de incentivar certas condutas estimulando ou

RE 714139 / SC

desestimulando o consumo de determinados bens. Esta SUPREMA CORTE já firmou seu entendimento no sentido de que “não ofende a Constituição a utilização de impostos com função extrafiscal com o objetivo de compelir ou afastar o indivíduo de certos atos ou atitudes”. A propósito, veja-se:

“Embargos de declaração nos embargos de declaração no recurso extraordinário. Conversão dos embargos declaratórios em agravo regimental. Julgamento monocrático. Possibilidade. Tributário. IOF. Transmissão de ações de companhias abertas e das consequentes bonificações. Artigo 1º, IV, da Lei nº 8.033/90. Imposto não incidente sobre o patrimônio. Alíquota. Artigo 5º, III, da mesma lei. Alegada ofensa à capacidade contributiva e ao não confisco. Impossibilidade de análise. Ausência de indicação das peculiaridades do caso concreto. Fiscalidade e extrafiscalidade. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, nos termos do art. 1.024, § 3º, do CPC. 2. Conforme o art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, pode o relator negar seguimento, dentre outras hipóteses, a recurso contrário à jurisprudência dominante da Corte. Não é necessária a plena identidade entre o caso concreto e os julgados que formam essa jurisprudência, mas sim a equivalência das matérias examinadas. 3. No julgamento do RE nº 583.712/SP, o Relator, o Ministro Edson Fachin, asseverou, em relação à hipótese de incidência referida pelo art. 1º, IV, da Lei nº 8.038/90, não haver espaço para “alegações de que a exação incidiria sobre o patrimônio, a titularidade das ações, pois resta claro que a incidência se dá em relação ao negócio jurídico que envolve a transferência dos ativos”. 4. **O efeito extrafiscal ou a calibração do valor do tributo de acordo com a capacidade contributiva podem ser obtidos pela modulação da alíquota. Em princípio, portanto, não ofende a Constituição a utilização de impostos com função extrafiscal com o objetivo de compelir ou afastar o indivíduo de certos atos ou atitudes.** 5. É ônus da parte interessada apontar as peculiaridades do caso concreto, de

RE 714139 / SC

modo a propiciar a análise da adequação do percentual fixado na norma legal à luz das cláusulas da vedação de confisco e da capacidade contributiva, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes. 6. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 2% (art. 1.021, § 4º, do CPC). 7. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, haja vista tratar-se, na origem, de mandado de segurança (art. 25 da Lei 12.016/09).” (RE 218287 ED-ED, rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 30/06/2017, DJe 09-08-2017 – grifo nosso)

É o caso dos autos, em que, além de basear-se na capacidade contributiva para estabelecer alíquotas diferenciadas para o ICMS incidente sobre a energia elétrica, visou incentivar a redução do consumo dos consumidores domésticos (que gozam da alíquota reduzida de 12% caso consumam até 150Kw mensais) e estimular a economia de energia pelos consumidores empresariais, aos quais aplicou uma alíquota maior com a finalidade de desestimular eventuais desperdícios.

III. Seletividade da alíquota do ICMS sobre os serviços de telecomunicação

Cumpram-se destacar que não compete ao Poder Judiciário estabelecer quais os critérios a serem adotados pelo legislador tributário estadual na aplicação do princípio da seletividade do ICMS, considerando a essencialidade do bem, sob pena de atuar como legislador positivo, o que ensejaria ofensa ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da Constituição Federal).

No entanto, o princípio da separação dos poderes não obsta a atuação do Poder Judiciário para afastar arbitrariedades inconstitucionais eventualmente praticadas pelo Legislativo ou Executivo.

É certo que a Constituição Federal não estabeleceu balizas uniformes e objetivas para se identificar a essencialidade das mercadorias e serviços

RE 714139 / SC

e qual alíquota a ser adotada, desse modo, o Judiciário não pode determinar quais os produtos devem adotar a alíquota mínima e quais a máxima, matéria afeta à discricionariedade do legislador estadual.

No entanto, é evidente que o princípio da seletividade estabelecido no art. 155, § 2º, III da Constituição Federal veda a atribuição de alíquotas sobre mercadorias e serviços essenciais maiores ou iguais às aplicáveis em relação às mercadorias e serviços não essenciais e supérfluos, o que permite ao Poder Judiciário adequar a legislação estadual ao comando constitucional, eliminando do ordenamento jurídico eventuais distorções.

Na hipótese dos autos, o Estado de Santa Catarina adotou alíquota majorada (25%) para os serviços de comunicação (art. 19, II, 'c', da lei estadual 10.297/1996), desconsiderando por completo sua essencialidade, **sem apresentar qualquer justificativa amparada pela Constituição Federal.**

Desse modo, o entendimento firmado até então a respeito da alíquota diferenciada do ICMS incidente sobre a energia elétrica - para o qual justificou-se a diferenciação da alíquota do bem em razão do princípio da capacidade contributiva e atribuição de efeitos extrafiscais, constitucionalmente autorizados -, não se aplica aos serviços de comunicação, inexistindo, tanto no acórdão recorrido, quanto em contrarrazões recursais, quaisquer justificativas para adoção de alíquota majorada de 25%, quando a alíquota incidente para as mercadorias e serviços em geral é de 17% (art. 19, I, da lei estadual 10.297/1996).

Neste ponto, procede a alegação da recorrente de que houve equiparação dos serviços de comunicação às mercadorias e serviços considerados pelo legislador estadual como não essenciais e supérfluos (art. 19, II, 'b', da Lei 10.297/1996 do Estado de Santa Catarina), aos quais aplica-se alíquota do ICMS equivalente (25%), ensejando ofensa ao princípio da seletividade em razão da essencialidade do bem, previsto no art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal.

RE 714139 / SC

No mesmo sentido, indico o seguinte precedente desta SUPREMA CORTE, em que se debatia em relação à legislação do Estado do Rio de Janeiro matéria análoga à presente demanda:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA E DE TELECOMUNICAÇÕES. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. PRINCÍPIO DE SELETIVIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Não obstante a possibilidade de instituição de alíquotas diferenciadas, tem-se que a capacidade tributária contribuinte impõe a observância do princípio da seletividade como medida obrigatória, evitando-se, mediante a aferição feita pelo método da comparação, a incidência de alíquotas exorbitantes em serviços essenciais.

II – No caso em exame, o órgão especial do Tribunal de origem declarou a inconstitucionalidade da legislação estadual que fixou em 25% a alíquota sobre os serviços de energia elétrica e de telecomunicações – serviços essenciais – porque o legislador ordinário não teria observado os princípios da essencialidade e da seletividade, haja vista que estipulou alíquotas menores para produtos supérfluos.

III – Estabelecida essa premissa, somente a partir do reexame do método comparativo adotado e da interpretação da legislação ordinária, poder-se-ia chegar à conclusão em sentido contrário àquela adotada pelo Tribunal a quo. IV – Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 634457 AgR/ RJ, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 15/08/2014)

No referido precedente, a Segunda Turma do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL manteve decisão do Tribunal de Justiça do Estado

RE 714139 / SC

do Rio de Janeiro, a qual desconsiderou a alíquota de ICMS de 25% sobre serviços de telecomunicações e energia elétrica, ao argumento de que o Órgão Especial daquela Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 14, VI, item 2, e VIII, item 7, do Decreto 27.427/00, e, posteriormente, do art. 14, VI, b, da Lei Estadual 2.657/96, considerando ofensa ao princípio da seletividade/essencialidade do bem, determinando a aplicação da alíquota de 18%.

Diante das peculiaridades do presente caso em relação à alíquota do ICMS sobre a energia elétrica, já detalhadas anteriormente, considero que o entendimento mantido pelo referido precedente aplica-se tão somente à alíquota incidente sobre os serviços de telecomunicação no Estado de Santa Catarina, conforme disposto no art. 19, II, 'c', da Lei Estadual 10.297/1996, incidindo, portanto, a alíquota prevista no inciso I do referido dispositivo legal.

IV. Conclusão

Por todo o exposto, com as devidas vênias, DIVIRJO do eminente Ministro MARCO AURÉLIO para DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário, apenas para afastar a alíquota de 25% incidente sobre os serviços de comunicação, aplicando-se a mesma alíquota do ICMS adotada pelo Estado de Santa Catarina para as mercadorias e serviços em geral (art. 19, I, da Lei 10.297/1996).

Proponho sejam fixadas as seguintes teses para o Tema 745 da Repercussão Geral:

"I. Não ofende o princípio da seletividade/essencialidade previsto no art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal a adoção de alíquotas diferenciadas do ICMS incidente sobre energia elétrica, considerando, além da essencialidade do bem em si, o princípio da capacidade contributiva.

II. O ente tributante pode aplicar alíquotas diferenciadas em razão da capacidade contributiva do consumidor, do

RE 714139 / SC

volume de energia consumido e/ou da destinação do bem.

III. A estipulação de alíquota majorada para os serviços de telecomunicação, sem adequada justificativa, ofende o princípio da seletividade do ICMS.”

Vencido quanto a este entendimento, adiro à proposta final de modulação dos efeitos do julgado, em voto reajustado do Ilustre Ministro DIAS TOFFOLI, Redator para o Acórdão.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 714.139

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S) : LOJAS AMERICANAS S.A.

ADV.(A/S) : GERSON STOCCO DE SIQUEIRA (75970/RJ)

ADV.(A/S) : ANETE MAIR MACIEL MEDEIROS (15787/DF, 92715/MG, 79926/PR, 158742/RJ, 374663/SP)

RECDO.(A/S) : ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ACRE

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE

INTDO.(A/S) : ESTADO DE ALAGOAS

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAPÁ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAZONAS

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS

INTDO.(A/S) : ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

INTDO.(A/S) : ESTADO DO CEARÁ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

INTDO.(A/S) : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO MARANHÃO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARÁ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DA PARAÍBA

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO. (A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO. (A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO. (A/S) : ESTADO DE RONDÔNIA
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO. (A/S) : ESTADO DE RORAIMA
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO. (A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO. (A/S) : ESTADO DE SERGIPE
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
INTDO. (A/S) : ESTADO DO TOCANTINS
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
INTDO. (A/S) : SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE
SERVIÇO MÓVEL CELULAR E PESSOAL (SINDITELEBRASIL)
ADV. (A/S) : LUIZ ROBERTO PEROBA BARBOSA (21360/DF, 21659/ES,
129738/RJ, 130824/SP)
ADV. (A/S) : RODRIGO CORREA MARTONE (54570/DF, 212503/RJ,
206989/SP)
ADV. (A/S) : ANDRE TORRES DOS SANTOS (35161/DF)
ADV. (A/S) : SAUL TOURINHO LEAL (22941/DF)
INTDO. (A/S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PROVEDORES DE INTERNET E
TELECOMUNICAÇÕES - ABRINT
ADV. (A/S) : PAULO HENRIQUE DA SILVA VITOR (106662/MG)
ADV. (A/S) : ALAN SILVA FARIA (114007/MG)
ADV. (A/S) : JORDANA MAGALHÃES RIBEIRO (118530/MG)
ADV. (A/S) : GUSTAVO DE MELO FRANCO TÔRRES E GONÇALVES (128526/MG)

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que dava parcial provimento ao recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual nº 10.297/1996, salientando que os requisitos concernentes à restituição e compensação tributária situam-se no âmbito infraconstitucional, e fixava a seguinte tese (tema 745 da repercussão geral): "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"; e do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que divergia do Relator para dar parcial provimento ao recurso, apenas para afastar a alíquota de 25% incidente sobre os serviços de comunicação, aplicando-se a mesma alíquota do ICMS adotada pelo Estado de Santa Catarina para as mercadorias e serviços em geral

(art. 19, I, da Lei 10.297/1996), propondo a fixação das seguintes teses: "I. Não ofende o princípio da seletividade/essencialidade previsto no art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal a adoção de alíquotas diferenciadas do ICMS incidente sobre energia elétrica, considerando, além da essencialidade do bem em si, o princípio da capacidade contributiva. II. O ente tributante pode aplicar alíquotas diferenciadas em razão da capacidade contributiva do consumidor, do volume de energia consumido e/ou da destinação do bem. III. A estipulação de alíquota majorada para os serviços de telecomunicação, sem adequada justificativa, ofende o princípio da seletividade do ICMS", pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Falaram: pela recorrente, o Dr. Leandro Daumas Passos; pelo recorrido, o Dr. Alisson de Bom de Souza, Procurador do Estado de Santa Catarina; pelo interessado Estado do Rio Grande do Sul, a Dra. Fernanda Figueira Tonetto Braga, Procuradora do Estado; e, pelo interessado Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal - SINDITELEBRASIL, o Dr. Luiz Roberto Peroba Barbosa. Plenário, Sessão Virtual de 5.2.2021 a 12.2.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

21/06/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 714.139 SANTA CATARINA

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Trata-se de recurso extraordinário, fundado na letra **a** do permissivo constitucional, interposto por Lojas Americanas S/A contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina assim ementado, na parte que interessa:

“APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ALÍQUOTA DE ICMS (25%). ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SELETIVIDADE, EM FUNÇÃO DA ESSENCIALIDADE DO PRODUTO (ART. 155, § 2º, III). INOCORRÊNCIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE DENEGOU A SEGURANÇA. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.”

No recurso extraordinário, a recorrente apontou violação do art. 150, incisos II e IV; e do art. 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal.

Aduziu ela que a Constituição Federal determina a adoção da seletividade no ICMS, estando a função extrafiscal desse imposto condicionada ao caráter do bem ou do serviço tributado. Sustentou que, mesmo sendo considerada facultativa a adoção da seletividade, se essa for adotada pelo legislador estadual, deve-se, necessariamente, ser observada a essencialidade do produto.

Afirmou que a Lei catarinense nº 10.297/96 teria estabelecido alíquotas diferenciadas de ICMS para diversas situações, equiparando, contudo, produtos e serviços essenciais a supérfluos. Segundo a recorrente, a respeito das operações relativas à energia elétrica e dos serviços de telecomunicação, a mencionada lei teria estipulado a alíquota de ICMS de 25%, sendo essa maior do que a alíquota incidente nas operações internas em geral, que é de 17%.

RE 714139 / SC

Apontou a recorrente ter havido equiparação das operações relativas a energia elétrica e das prestações de serviços de telecomunicação a operações referentes a cosméticos, armas, bebidas alcoólicas e fumo, mercadorias que, em seu entendimento, não são essenciais. Asseverou que o fato de a energia elétrica ou de os serviços de telecomunicação serem adquiridos ou contratados por pessoa jurídica não desnatura a essencialidade desses itens.

Também argumentou a recorrente que a lei em questão viola a isonomia, pois a submete a tributação mais onerosa pela utilização de mercadorias e serviços essenciais. Nesse contexto, consignou que o Tribunal de origem relacionou, de modo equivocado, a observância da isonomia ao consumidor do bem ou do serviço, diferenciando consumidores industriais e comerciais dos consumidores domiciliares, dos produtores rurais e das cooperativas redistribuidoras. Afirmou que a lei questionada importa ato confiscatório camuflado.

O presente caso é paradigma do Tema nº 745 de repercussão geral, o qual possui o seguinte título: “[a]lcançe do art. 155, § 2º, III, da Constituição federal, que prevê a aplicação do princípio da seletividade ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS”.

O parecer da Procuradoria-Geral da República foi pelo “provimento parcial do recurso, com modulação dos efeitos da decisão **pro futuro**, na forma autorizada pelo art. 27 da Lei nº 9.868/1999”.

Na sessão de 5/2 a 12/2/21, o Relator, Ministro **Marco Aurélio**, votou pelo parcial provimento do recurso extraordinário, reconhecendo o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%. Eis a tese de repercussão geral sugerida por Sua Excelência:

“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

RE 714139 / SC

serviços.”

O Ministro **Alexandre de Moraes** divergiu parcialmente, votando pelo parcial provimento do recurso extraordinário apenas para afastar a alíquota de 25% sobre serviços de comunicação, determinando a aplicação da alíquota geral. Eis a tese de repercussão geral sugerida por Sua Excelência:

“I. Não ofende o princípio da seletividade/essencialidade previsto no art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal a adoção de alíquotas diferenciadas do ICMS incidente sobre energia elétrica, considerando, além da essencialidade do bem em si, o princípio da capacidade contributiva.

II. O ente tributante pode aplicar alíquotas diferenciadas em razão da capacidade contributiva do consumidor, do volume de energia consumido e/ou da destinação do bem.

III. A estipulação de alíquota majorada para os serviços de telecomunicação, sem adequada justificativa, ofende o princípio da seletividade do ICMS.”

Pedi vista dos autos, para melhor apreciar a questão.
É o relatório.

INTRODUÇÃO

Encontra-se em discussão a constitucionalidade da cobrança do ICMS sobre operações relativas a energia elétrica e sobre prestações de serviços de telecomunicação com alíquota de 25%, a qual é superior à alíquota interna geral de 17%.

O tema gira em torno da regra constitucional segundo a qual o ICMS “poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços” (art. 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal).

Numa primeira aproximação com o assunto, cumpre consignar que o termo “seletivo” se refere àquilo “que é apropriado para fazer seleção” (*Michaelis*: dicionário brasileiro da língua portuguesa). Ou seja, algo é seletivo se é adequado para fazer seleções ou escolhas. O vocábulo

RE 714139 / SC

“essencialidade”, por sua vez, significa “qualidade ou estado do que é essencial” (idem), isto é, do que é indispensável, fundamental, do que não pode faltar.

Não há dúvida de que os verbetes “seletivo” e “essencialidade” encerram, no contexto jurídico em alusão, **cláusulas abertas**, as quais podem ser trabalhadas pelo legislador ordinário com certo grau de liberdade, sem macular, contudo, o **conteúdo mínimo** de tais expressões.

Também, desde logo, insta salientar que **o texto constitucional não determina qual técnica tributária deve ser utilizada para se efetivar a seletividade em questão**. Isso significa que ela pode ser concretizada, como ensina Roque Antonio Carrazza, “**com o emprego de quaisquer técnicas de alteração quantitativa da carga tributária: sistema de alíquotas diferenciadas, variação da base de cálculo, criação de incentivos fiscais etc.**”¹. Na mesma direção leciona Hugo de Brito Machado Segundo².

Feita essa primeira aproximação com o tema, passo a tratar da origem do dispositivo constitucional mencionado. Desde já, adianto que, em diversas passagens, serão feitas alusões ao IPI e a impostos predecessores a esse, em razão do caráter seletivo que tiveram. Isso poderá auxiliar, de algum modo, a resolução do presente tema de repercussão geral.

DA CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E DO CURIOSO CASO DOS TAMANCOS

Como se sabe, os atuais IPI e ICMS têm origens, respectivamente, no **imposto de consumo** e no imposto **sobre vendas e consignações** (IVC), bastante antigos na história da tributação brasileira.

Esses dois tributos estavam previstos na **Carta Federal de 1934**, sendo um de competência da União e o outro dos estados,

- 1 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 461, grifos nossos.
- 2 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 103.

RE 714139 / SC

respectivamente. A mesma Constituição estabeleceu que o imposto de vendas deveria ser **uniforme**, sem distinção da procedência, do destino ou **mesmo das espécies dos produtos**.

Essas disciplinas foram mantidas na **Carta Federal de 1937**. Sob sua vigência, foi editado o Decreto-lei nº 739/38, em cujo regulamento se previu serem **isentos do imposto de consumo, por exemplo, o consumo, quer de luz, quer de força, abaixo de 20 kilowatts-hora mensais** (art. 7º, item 22, a) e os **tamancos de até certo preço**, para venda no varejo (art. 7º, item 10, a)³.

Os diplomas posteriores que trataram do imposto de consumo (Decreto-lei nº 7.219A/44⁴ e Decreto-lei nº 7.404/45⁵) deixaram de prever a isenção para esse último item.

Em 1946, foi instaurada a Assembleia Constituinte. O projeto de Constituição previu, em seu art. 128, § 1º, que ficavam **isentos** do imposto de consumo os artigos que a lei classificasse “como o **mínimo indispensável** à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de menor capacidade econômica”⁶.

Cabe lembrar que o então Deputado **Aliomar Baleeiro**, após observar que o imposto de consumo vinha, de tempo em tempo, incidindo sobre mais classes de produtos, consignou: “para citar apenas um **exemplo** de como se faz tributação neste país, basta dizer que o **tamanco do miserável, do mendigo, do mais pobre, foi atingido pelo**

3 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0739.htm>. Acesso em: 11 maio 2021.

4 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/del/1944/Del07219A.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%207.219A,sobre%20o%20Imposto%20de%20Consumo.>>. Acesso em: 11 maio 2021.

5 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7404.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20N%20o%207.404,22%20DE%20MAR%20C3%87O%20DE%201945.&text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20o%20Imp%C3%B4sto%20de%20Consumo.>>. Acesso em: 11 maio 2021.

6 Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1946/1946%20Livro%2010.pdf#page=245>. Acesso em: 11 maio 2021.

RE 714139 / SC

imposto de consumo!⁷. E complementou: “também o foram (...) as coisas mais necessárias à alimentação, à moradia, ao vestuário e, até, os medicamentos”.

Houve apresentação de emenda visando a excluir daquele dispositivo do projeto de Constituição a menção a mínimo, sob a alegação de que não se deveria utilizar essa palavra quando em jogo necessidades primordiais da vida, e a menção a menor capacidade econômica, sob o argumento de que essa expressão daria margem a “uma seleção que viria dificultar e mesmo entravar a satisfação das necessidades populares”⁸. Aduziu-se, ainda, que o problema não seria de pessoas, mas de mercadorias, não sendo possível se permitir a sobrecarga de gêneros de grande necessidade, como açúcar, feijão e café.

Na defesa da manutenção daquela redação do art. 128, § 1º, do projeto de Constituição, o Deputado **Aliomar Baleeiro** ponderou que o texto proposto apontava “ao legislador ordinário o dever de isentar do imposto de consumo os miseráveis, o que, a ‘contrario sensu’, significa não isentar artigos para os vadios”⁹. Lembrou que a legislação vigente do imposto de consumo, contudo, concedia isenções para vários produtos “que os famintos não compram porque não têm com que o adquirir”¹⁰, como transformadores, motores de explosão e veículos, e fazia incidir o tributo sobre artigos indispensáveis aos pobres.

A Constituição de 1946 foi promulgada prevendo, no art. 15, inciso

7 Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1946/1946%20Livro%2012.pdf#page=252>. Acesso em: 11 maio 2021.

8 Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1946/1946%20Livro%2015.pdf#page=379>. Acesso em: 11 maio 2021.

9 Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1946/1946%20Livro%2021.pdf#page=190>. Acesso em: 11 maio 2021.

10 Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1946/1946%20Livro%2021.pdf#page=190>. Acesso em: 11 maio 2021.

RE 714139 / SC

II, a competência da União para instituir o imposto de consumo e, no parágrafo 1º do mesmo artigo, **aquela regra relativa à isenção do mínimo indispensável ao imposto de consumo**. A mesma Carta Federal também previu a competência da União para **instituir imposto sobre produção, distribuição, consumo, importação e exportação de energia elétrica**. Ela ainda estipulou caber aos estados o IVC, devendo ser uniforme o imposto de vendas, sem distinção de procedência ou destino (**não se repetiu a exigência de ele ser uniforme sem distinção das espécies dos produtos, que havia no texto constitucional anterior**).

Comentando aquele parágrafo do art. 15 da Constituição de 1946, **Rubens Gomes de Sousa** anotou ser a regra em questão justíssima, mas trazia ela a dificuldade de se definir **o que seria o mínimo vital isento**. Citando lições de Barbieri, lembrou a existência da “diversidade quase inconciliável dos conceitos de ‘consumo necessário’ dados pelos diversos economistas”¹¹.

O doutrinador ainda consignou haver outra dificuldade na aplicação do parágrafo daquele artigo: a de avaliar “quantitativamente, ou seja, em dinheiro, aqueles artigos de primeira necessidade definidos qualitativamente pela Constituição”¹². Nesse contexto, ele observou, analisando os debates na Assembleia Constituinte, que a orientação dada ao legislador “foi no sentido de guiar-se pela natureza do produto e pelo seu preço”¹³. Disse, ademais, que a estipulação do que seria mínimo vital isento deveria perpassar pela **compreensão das condições sociais, econômicas e até naturais do país**. Por exemplo: **o que é necessário numa região do País pode não o ser em outra**.

No que diz respeito ao IVC previsto na **Constituição de 1946**, registre-se a **Súmula nº 117/STF**: “a lei estadual pode fazer variar a alíquota do imposto de vendas e consignações em razão da espécie do produto”¹⁴.

11 SOUSA, Rubens Gomes de. (1948). O imposto de consumo na Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo*, 11, 34-53, p. 50.

12 Ibidem.

13 Ibidem.

14 “Evidentemente, o constituinte não fez a modificação para que não produzisse

RE 714139 / SC

Em novembro de 1948, foi editada a Lei nº 494/48, prevendo, em seu art. 3º, as mercadorias que eram consideradas como o **mínimo indispensável** e isentando-as do imposto de consumo.

Os calçados populares com preços não excedentes a certos patamares, como **tamancos de até vinte cruzeiros**, foram contemplados com a isenção. Também foram agraciados com o beneplácito, entre outros artigos: copos para água de até três cruzeiros; cadeiras de até sessenta cruzeiros; tecidos, exceto os de lã, de até sete cruzeiros e cinquenta centavos por metro; **frutas; leite; charque; arroz; medicamentos** destinados a endemias de maior gravidade no país, inclusive inseticidas e germicidas necessários à respectiva profilaxia, segundo lista que fosse publicada para esse fim pelo Ministério da Educação e Saúde etc.

Nos idos de 1954, a **Lei nº 2.308/54** criou o **imposto único sobre energia elétrica (IUEE)**, sob a forma de imposto de consumo, com alíquotas específicas fixadas na própria lei devidas por quilowatt-hora de luz ou de força. Os recursos oriundos desse tributo deviam ser aplicados na produção, na transmissão e na distribuição de energia elétrica. As hipóteses de **desoneração** relativa à energia elétrica foram **ampliadas** (em comparação com aquelas existentes nas leis do imposto de consumo).

Para não alongar ainda mais a análise histórica, faço um corte e passo para a **reforma tributária de 1965, realizada com a EC nº 18/65**.

Nessa reforma, se estipulou caber à União o imposto sobre produtos industrializados (IPI). Nos trabalhos realizados pela comissão responsável por redigir o anteprojeto da mencionada emenda constitucional, se aduziu que o IPI era

“imposto de consumo, mudada apenas essa denominação para outra, mais consentânea com a natureza, que já lhe empresta a lei ordinária, **consubstanciada na seletividade de**

qualquer efeito; fê-la para permitir aos Estados que tributassem diferentemente determinados gêneros ou espécies de mercadorias, desde que respeitada a uniformidade dentro dos gêneros ou espécies. Não se trata, pois de uniformidade absoluta, mas relativa” (Ministro **Victor Nunes**, RE nº 40.327/RS).

RE 714139 / SC

suas alíquotas e no caráter não cumulativo de suas incidências”¹⁵ (grifos nossos).

Aos estados se previu caber o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias (ICM), mas com alíquota uniforme para todas as mercadorias. Desse modo, ao tributo federal ficou “**reservada a função seletiva, disciplinadora do consumo** (...). Ao tributo estadual (...) corresponde[u], ao contrário, **caráter uniforme quanto a todas as mercadorias**”¹⁶.

Não obstante a atribuição de tal caráter ao ICM, aquela emenda constitucional previu que esse tributo **não incidiria** sobre a venda a varejo, diretamente ao consumidor, de **gêneros de primeira necessidade**, assim definidos pelo Poder Executivo estadual.

Na reforma, também se estipulou caber à União o **imposto especial sobre produção, importação, distribuição e consumo de energia elétrica** – incidente uma única vez sobre uma dentre essas operações e excludente de quaisquer outros tributos – e o imposto sobre **serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal**.

Em 1966, **na vigência do novo sistema tributário**, a Lei nº 5.073/66 alterou a disciplina do imposto único sobre energia elétrica, **reduzindo para a metade** as alíquotas desse tributo incidente sobre os consumos faturados.

Com o Decreto-lei nº 34/66, o imposto de consumo passou a ser denominado imposto sobre produtos industrializados.

No ano seguinte, a **Constituição Federal de 1967** foi editada, **mantendo-se a lógica até então existente** a respeito das competências para se instituírem o ICM, o IPI e os impostos relativos à energia elétrica e aos serviços de comunicações.

Quanto à venda a varejo, diretamente ao consumidor, dos gêneros de primeira necessidade, passou-se a prever que os estados deveriam

15 Fundação Getúlio Vargas (FGV). Comissão de reforma do Ministério da Fazenda. Reforma Tributária Nacional: nº 17, 1966. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12403>>. Acesso em: 17 maio 2021.

16 Idem.

RE 714139 / SC

isentar essa operação do ICM, mas sem poder estabelecer diferença em função dos que participassem da operação tributada (art. 24, § 6º)¹⁷. Cabia a tais unidades federadas especificar os **gêneros de primeira necessidade**.

Destaco que, durante os debates da Assembleia Constituinte de 1967, houve quem defendesse que essa isenção deveria ser aplicada a mercadorias produzidas por hortigranjeiros vendidas por eles ou por suas cooperativas no varejo ou no atacado¹⁸. Houve também quem defendesse que a isenção deveria ser aplicada à comercialização dos gêneros de primeira necessidade por atacado.

A **Carta Federal de 1969** seguiu com aquela lógica da distribuição de competências tributárias. Mas, nela, não se repetiu a norma programática inerte à instituição pelos estados da mencionada isenção ao ICM.

Ainda sobre esse tributo, vale lembrar que essa Lei Fundamental determinou que ele fosse uniforme “para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais” e exigiu **convênio interestadual** para que os estados concedessem **isenções relativas ao imposto**.

Na década de setenta e início da década de oitenta, o IUEE passou a ser cobrado com alíquotas maiores. A classe de consumo rural foi isentada do tributo¹⁹.

Com a EC nº 23/83, se consignou que o ICM deveria ser uniforme também nas operações interestaduais realizadas com consumidor final.

No fim de 1984, edita-se o **Decreto-lei nº 2.186/84**, instituindo o **imposto federal** sobre **serviços de comunicações**. Seu âmbito de

17 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/17132?sequencia=3>>. Acesso em: 18 maio 2021.

18 Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1967/1967%20Livro%207.pdf#page=544>. Acesso em: 18 maio 2021.

19 BARBOSA, Fernando de Holanda; et al. *Aspectos econômicos das empresas estatais no Brasil: telecomunicações, eletricidade e petróleo*. FGV-EPGE – Ensaios Econômicos. Nº 184. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/945/184_000057568.pdf?sequence=1#page=128>. Acesso em: 5 maio 2021.

RE 714139 / SC

incidência era bastante limitado em comparação com o que o texto constitucional autorizava. O fato gerador do tributo era a prestação de serviços de telecomunicações destinados ao uso público, ficando **isentos** da exação aqueles prestados, no tocante à **modalidade telefonia**, em chamadas locais originadas de **telefones públicos ou semipúblicos** ou em localidades servidas unicamente por posto de serviço público ou por centrais locais de até 500 (quinhentos) terminais. A alíquota do imposto era de 25%.

Do que até aqui se pode notar, nas constituições anteriores ao advento da Constituição cidadã, não havia previsão expressa quanto à adoção da seletividade no ICM. No que se refere ao imposto de consumo sobre energia elétrica, a regra era a exigência de alíquotas **uniformes**, e a concessão de desonerações até um certo patamar de consumo (pequenos consumos de energia). A legislação do IUEE estabeleceu alíquotas diferenciadas conforme a classe do consumidor de energia elétrica, mantendo desonerações em benefício, entre outros, de pequenos consumidores. Quanto ao imposto de serviços de comunicações, de 1984, percebe-se que também havia medida visando à desoneração de chamadas oriundas de telefones públicos ou semipúblicos.

Avançando, em 1987 foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte que daria origem à Constituição Cidadã.

Na subcomissão temática (Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas), se aduziu que, não obstante o ICM então em vigor tivesse alíquota uniforme nas operações internas, havia uma variedade de benefícios fiscais os quais resultavam em múltiplas alíquotas efetivas. **Seria irreal, assim, se manter a exigência de alíquotas uniformes para o imposto estadual.**

A respeito da **capacidade contributiva**, houve quem defendesse a necessidade de esse princípio ser colocado de forma distinta na tributação indireta, **com a menção à seletividade**.

Quanto à isenção dos **itens de primeira necessidade**, alguns disseram que isso deveria ser **relegado à legislação infraconstitucional**. O prof. **Carlos Alberto Longo** aduziu existirem “**critérios diferenciados**,

RE 714139 / SC

interesses distintos de como tratar a base, o fato gerador consumo, numa questão de produtos de primeira necessidade²⁰. Ele exemplificou dizendo que, se fosse permitido, os produtos de cesta básica seriam facilmente isentados, por exemplo, pelo Estado de São Paulo. Mas não o fazia por conta da exigência de convênio, a qual existiria “para proteger Estados que dependem significativamente dessa fonte de arrecadação”. Segundo ele, “certamente Estados agrícolas (...) não poderiam facilmente abrir mão da tributação de produtos de primeira necessidade”. Ainda para o professor: “se pensarmos em arroz e feijão, por exemplo, não é fácil para um Estado do Nordeste e certos Estados que dependem de 30 a 40% da tributação desses produtos abrirem mão dessa tributação”.

Em 11/5/87, o Relator da subcomissão temática apresentou seu anteprojeto. Manteve-se o IPI na competência da União, prevendo que o imposto federal “**será seletivo, em função da essencialidade dos produtos**”²¹. No tocante aos estados, interessa registrar que o anteprojeto **incorporou** à estrutura do ICM, entre outros, os impostos da União sobre **energia e serviços de comunicação**. Não houve **menção expressa** acerca da **necessidade de o ICM ter alíquotas uniformes** para todas as mercadorias.

Foi apresentada àquele anteprojeto **emenda** visando a estabelecer que o ICM “**será seletivo**”²² (Emenda 0005-4) e, depois, outra objetivando estatuir que, nesse imposto, é “**admitida a seletividade**” (Emenda 0330-4). Na justificativa da primeira, se apontou que, “**com o desaparecimento das alíquotas uniformes, há de haver norma de justiça fiscal tendente à menor regressividade desse tributo indireto**”. Na da segunda, se aduziu

20 Disponível em:
<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/5a_Subcomissao_De_Tributos,_Participacao_E_Distribuicao_De_Receitas.pdf>. Acesso em: 1º mar 2021.

21 Disponível em:
<<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-147.pdf>>. Acesso em: 1º mar 2021.

22 Disponível em:
<<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-148.pdf>>. Acesso em: 1º mar 2021.

RE 714139 / SC

que era “**necessário dar aos Estados, de forma expressa, a possibilidade constitucional de estabelecer alíquotas seletivas, no ICM**”.

Ainda foi apresentada em face do anteprojeto em questão emenda objetivando **vedar a possibilidade de instituição de impostos sobre produtos de primeira necessidade, definidos em lei** (Emenda 0250-2).

A primeira emenda, a qual previa que o ICM “será seletivo”, foi **parcialmente aprovada**. A segunda, que admitia a seletividade no imposto estadual, foi **aprovada**; e a terceira, rejeitada²³.

Na discussão a respeito da citada terceira emenda, o Relator apontou que, admitindo o anteprojeto a seletividade do imposto estadual, “ficará a critério de cada legislação estadual identificar os bens de primeira necessidade, dentro da realidade estadual”²⁴. Em seguida, ele explicou que, se fosse adotada “uma atitude abrangente sobre determinados produtos que são identificados como sendo de primeira necessidade, poderíamos estar prejudicando Estados produtores desses bens de primeira necessidade”. E arrematou dizendo que, ao se admitir a seletividade do ICMS, o desejo presente naquela terceira emenda estaria atendido.

Do relatório aprovado pela subcomissão temática constou o seguinte:

“16. A progressividade do sistema é ampliada, não só pela previsão do imposto de heranças, mas também porque o **ICM[S]**, agora absorvendo os impostos únicos e o imposto sobre serviços de qualquer natureza, **poderá ter alíquotas seletivas em função da essencialidade dos produtos**, mantidos as demais características, que foram alvo de

23 Disponível em:
<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/5a_Subcomissao_De_Tributos,_Participacao_E_Distribuicao_De_Receitas.pdf#page=244>. Acesso em: 17 maio 2021.

24 Disponível em:
<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/5a_Subcomissao_De_Tributos,_Participacao_E_Distribuicao_De_Receitas.pdf#page=235>. Acesso em: 1º mar 2021.

RE 714139 / SC

aperfeiçoamentos.”²⁵

Assim, o anteprojeto aprovado pela subcomissão temática previu, no art. 14, § 4º, que o ICMS “será não cumulativo, **admitida sua seletividade**, em função da essencialidade das mercadorias ou serviços” (grifos nossos).

Na etapa do Plenário, foi apresentada em face do projeto de Constituição A emenda prevendo que o ICMS “terá caráter seletivo” (2P01178-1)²⁶, isto é, impondo a adoção desse caráter na instituição do imposto. O parecer do Relator, constituinte Bernardo Cabral, foi pela rejeição da propositura, em razão de ela, no que diz respeito ao ponto em questão, “**limitar a autonomia dos Estados**, predefinindo a seletividade do ICMS, referente a um imposto que se reveste, primariamente, de função fiscal”²⁷.

A partir do projeto de Constituição B, passou-se a adotar a formulação de que o ICMS “**poderá** ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços”²⁸, presente no texto constitucional em vigor.

DA POSSIBILIDADE DE SE GRADUAR O ICMS QUANDO PRESENTE SUA SELETIVIDADE, LEVANDO-SE EM CONTA OUTROS ELEMENTOS, ALÉM DA QUALIDADE INTRÍNSECA DA MERCADORIA OU SERVIÇO

25 Disponível em:

<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/5a_Subcomissao_De_Tributos,_Participacao_E_Distribuicao_De_Receitas.pdf#page=240>. Acesso em: 1º mar 2021.

26 Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/plenario/vol281_FaseSSIMtituloVI.pdf#page=41.

Acesso em: 1º mar 2021.

27 Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-259.pdf#page=78>>. Acesso em: 1º mar 2021.

28 Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-299-sup01.pdf#page=109>>. Acesso em: 1º mar 2021.

RE 714139 / SC

O breve histórico acima demonstra que 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.

O caso dos tamancos é bastante esclarecedor quanto ao ponto. Como se sabe, todos os tamancos têm a mesma característica intrínseca, isto é, todos eles consistem em calçados, em peça do vestuário que protege e calça os pés. Não obstante isso, apenas os **tamancos populares**, isto é, os tamancos vendidos até certo preço, gozaram de isenção ao imposto de consumo (predecessor do IPI, como se viu).

Como se vê, **houve ponderação das características intrínsecas ao item mencionado com a capacidade econômica do consumidor final e, ao cabo, com a justiça fiscal.** É razoável dizer que os tamancos mais baratos eram comprados por quem detinha pouca capacidade econômica e, portanto, pouca possibilidade de contribuir para o financiamento das despesas estatais. Por outro lado, os tamancos mais caros eram adquiridos por quem podia gastar com itens de maior qualidade ou luxuosos e, assim, contribuir com mais intensidade para aquele financiamento.

Nesse contexto, relembre-se que a Constituição de 1946 determinava que a lei classificasse “como o **mínimo indispensável** à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de **menor capacidade econômica**” (grifos nossos).

Medicamento é um exemplo clássico de item essencial para a vida e a saúde humana que, historicamente, vem sendo objeto de aplicação da técnica da seletividade quando em jogo a fixação da alíquota do ICMS. Nesse caso, a ponderação de suas qualidades intrínsecas com outros elementos – tais como as características sociais de um país altamente desigual, a capacidade contributiva e a função extrafiscal da tributação – deve sempre nortear o legislador em relação à fixação de alíquotas reduzidas de ICMS quando existente a concretização da seletividade, a exemplo do que ocorre com os produtos da cesta básica.

RE 714139 / SC

O caso dos Estados agrícolas é outro exemplo que demonstra a viabilidade de se graduar o ICMS quando em jogo sua seletividade, levando-se em conta outros elementos, afora a qualidade intrínseca das mercadorias ou dos serviços, ou mesmo a capacidade econômica do consumidor.

Não há dúvida de que arroz e feijão são artigos essenciais à alimentação, especialmente quando se considera o cardápio brasileiro. Portanto, **a priori**, essas mercadorias deveriam ter as menores tributações possíveis.

Contudo, é preciso recordar que os estados produtores dependem, costumeiramente, muito do ICMS incidente sobre produtos agrícolas, o que abrange, se for o caso, o arroz e o feijão. Para esses, abrir mão dessa tributação ou de grande parcela dela, por meio de alíquota mais baixa ou de outra técnica, é muito difícil.

Passando para a jurisprudência, cito interessante caso no qual o Superior Tribunal de Justiça (STJ) **apontou a necessidade de se atentar para a destinação ou o fim a que se presta um produto, para efeito de verificação de sua essencialidade.**

No REsp nº 1.087.925/PR, a contribuinte questionava o enquadramento, na tabela do IPI, dos produtos por ela industrializados. Para o fisco, os produtos consistiam em alimentos para cães e gatos, ficando sujeitos à alíquota de 10%. Para a contribuinte, tratava-se de preparações destinadas a fornecer ao animal a totalidade dos elementos nutritivos necessários para uma alimentação diária racional e equilibrada (alimentos compostos completos), ficando os itens sujeitos à alíquota zero.

No julgamento do recurso, o Ministro **Teori Zavascki**, reproduzindo voto do Desembargador Federal **Otávio Roberto Pamplona**, após discorrer, à luz da especificidade, sobre o correto enquadramento do produto na tabela (alimentos para cães e gatos), consignou que “mais do que as qualidades intrínsecas e a composição do produto, deve ser considerada, para fins de seu enquadramento e fixação de sua alíquota, **a sua destinação, o fim a que se presta**” (grifos nossos).

RE 714139 / SC

Em seguida, apontou que as pessoas que sustentam animais domésticos têm, presumivelmente, razoáveis condições financeiras. E disse que essa situação seria bastante diferente daquela de quem promove a manutenção da produção de bovinos, equinos, suíno, aves. As preparações alimentares destinadas a esses animais se dirigiriam “à promoção de uma atividade econômica que propicia renda a trabalhadores rurais e alimentação para coletividade”. O tratamento tributário distinto para essas preparações estaria justificado “a fim de fomentar a atividade produtiva, promover maior renda aos trabalhadores rurais e, é claro, desonerar a população consumidora na compra de carnes, mantimentos esses tão essenciais para a manutenção da vida”.

De acordo com o voto em alusão, portanto, **em certos casos, a depender da destinação do produto, sua essencialidade mudaria, tendo presente a manutenção da vida humana.**

Quanto a julgados do Supremo Tribunal Federal, cito o do RE nº 592.145/SP, no qual a Corte concluiu que a majoração da alíquota do IPI incidente sobre o açúcar (produto de caráter essencial, a partir de algumas perspectivas) de zero para 18% seria constitucional. Na oportunidade, destaco que houve a **ponderação do princípio da seletividade, o qual é obrigatório para esse tributo, e da função extrafiscal do imposto.**

Na ocasião, o Ministro **Luiz Fux** aduziu que aquele aumento na alíquota do imposto “não se deveu ao fato de ter o açúcar deixado de ser um bem de consumo essencial”. Como disse Sua Excelência, a majoração visou a “**onerar a carga tributária incidente sobre os produtos produzidos no Centro-Sul, para fins de equalizar os custos de produção entre as diferentes regiões do país**” (grifos nossos), dentro do contexto da política de preço nacional unificado do açúcar de cana.

Sua Excelência também ressaltou que a **seletividade teria conteúdo indeterminado** e que um bem considerado essencial não teria, necessariamente, alíquota zero do imposto, pois, caso contrário, seria preciso reconhecer a intributabilidade de todos os produtos considerados essenciais. Na sequência, observou que a alíquota de 18% não chegaria

RE 714139 / SC

nem perto de tributar o açúcar como produto supérfluo ou não essencial. Nesse ponto, indicou, por exemplo, que bebidas alcoólicas, perfumes e cigarros seriam tributados pelo IPI com base nas alíquotas de 30%, 42% e 300%.

Afora isso, cabe ainda recordar que o ICMS é tributo com função predominantemente fiscal. Segundo artigo publicado pelo IPEA em 2017, o imposto “é a principal fonte de financiamento dos estados brasileiros; nos últimos dez anos, a arrecadação total do ICMS foi de aproximadamente 7% do produto interno bruto (PIB) brasileiro”²⁹.

Contudo, pode o tributo também ter função extrafiscal, de modo a induzir comportamentos em harmonia com objetivos, valores, princípios ou regras constitucionais, como a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Havendo conflito aparente entre princípios, caberá exercer juízo de ponderação, a fim de estabelecer qual deles vai prevalecer num determinado contexto.

A partir dessas considerações, se percebe que o dimensionamento do ICMS, ainda que presente seu caráter seletivo (mesmo caráter existente no IPI e nos citados impostos predecessores a esse), pode levar em conta diversos elementos, tais como: **a qualidade intrínseca da mercadoria ou do serviço; o fim para que se presta um ou outro; seu preço; a capacidade econômica do consumidor final; as características sociais, econômicas e naturais do país e do estado instituidor do imposto; a função extrafiscal da tributação** etc.

DA AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE SE ADOPTAR A SELETIVIDADE NO ICMS – CONTEÚDO MÍNIMO

A contextualização histórica acima mencionada, especialmente na parte relativa às emendas apresentadas durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, deixa evidente que não foi intenção do

29 ELLERY JUNIOR, Roberto; NASCIMENTO JUNIOR, Antônio. Análise do ICMS e a questão Federativa. In.: SACHSIDA, Adolfo (org). *Tributação no Brasil: estudos, ideias e propostas: ICMS, seguridade social, carga tributária, impactos econômicos*. Brasília: Ipea, 2017, p. 11.

RE 714139 / SC

constituinte atribuir a obrigatoriedade de adoção da seletividade na instituição do ICMS. Ao contrário. Tenho, para mim, ser claro que ele conferiu aos legisladores estaduais a discricionariedade para adotarem ou não a seletividade no ICMS. Isto é, a **Constituição Cidadã apenas autorizou os estados a adotarem a seletividade nesse imposto.**

Atente-se para o fato de que, no art. 155, § 2º, inciso III, o constituinte registrou que o ICMS “poderá ser seletivo”, enquanto que, no art. 153, § 1º, inciso II, ele consignou que o IPI “será seletivo”. A utilização dos verbos ser e poder, nesse e naquele dispositivo, respectivamente, indica a diferença de intenção do constituinte no tratamento desses tributos. Quanto ao IPI, o verbo do qual se valeu o constituinte mostra a obrigatoriedade na adoção da seletividade. O verbo poder, por outro lado, indica ter permissão ou autorização para algo (no caso, se adotar a seletividade no ICMS).

De outro giro, entendo que, **uma vez adotada a seletividade no ICMS, o critério dessa seletividade deve ser o da essencialidade da mercadoria ou do serviço.** Em poucas palavras, o que é facultativa é a adoção da seletividade no ICMS, e não o critério dessa seletividade. Corroborando o entendimento, vide lições de Leandro Paulsen³⁰, de Gustavo Fossati³¹, de Hugo de Brito Machado³² e de Hugo de Brito Machado Segundo³³.

Nessa primeira aproximação com o tema sob a perspectiva constitucional, creio que a Constituição de 1988 deu novos contornos ao ICMS, considerada a seletividade. Se por um lado não obrigou os entes competentes a adotá-la, por outro, torna evidente a preocupação do

30 PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 358.

31 FOSSATI, Gustavo. *Constituição tributária comentada* [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

32 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 33. ed. São Paulo: Malheiros editores, p. 384.

33 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 103.

RE 714139 / SC

constituente de que, uma vez adotada a seletividade, haja a **ponderação criteriosa** das **características intrínsecas do bem ou serviço** em razão de sua essencialidade (necessidade de consumo) 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.

Esse novo quadro constitucional, a meu ver, certamente deveria induzir modificações substanciais no desenho legal que havia a respeito da tributação das operações com energia elétrica e dos serviços de comunicação, cujas medidas eram mais voltadas à aplicação da seletividade para as pessoas (capacidade contributiva) e menos para a essencialidade do bem ou serviço. Isso é, em razão da força normativa da Constituição e à luz do contexto normativo até então existente, julgo que o estado que adote a seletividade no imposto em questão terá de **conferir maior efetividade a esse preceito em sua eficácia positiva, sem deixar de observar, contudo, sua eficácia negativa**, em comparação com aquela existente no desenho legal anterior ao advento da Carta cidadã.

Passo a analisar a lei questionada à luz da seletividade do ICMS.

DO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA À LUZ DA SELETIVIDADE

Desde já, adianto que, acompanhando o ilustre Relator, Ministro **Marco Aurélio**, entendo ser inconstitucional a fixação, para as operações com energia elétrica, de alíquota de ICMS maior do que a das operações em geral.

A essencialidade da energia elétrica é notória há bastante tempo. O contexto histórico demonstra, a meu ver, que ocorreram movimentos atribuindo maior **relevância à essencialidade da energia elétrica** até o advento da Constituição cidadã.

A título de exemplo, note-se que (sem adentrar na eventual discussão sobre a existência de imunidades), em 1938, o DL nº 739/38 reconhecia apenas quatro desonerações quanto ao imposto de consumo sobre eletricidade.

RE 714139 / SC

Em 1966, as alíquotas do IUEE incidentes sobre os consumos faturados foram reduzidas para a metade, passando a ser de 5%, 17,5%, 20%, para a atividade rural; para os consumidores residenciais e industriais; e para os demais consumidores, respectivamente (Lei nº 5.073/66).

Em 1972, em razão de diversas modificações, já se previam na Lei nº 2.308/54 nove desonerações quanto ao pagamento do IUEE, abrangendo, entre outros, as contas de consumo mensal equivalente ao valor de até 30kWh, bem como o consumo de energia elétrica por consumidores industriais e consumidores rurais³⁴.

É certo, contudo, que, a partir do início da década de 70, as alíquotas do IUEE passaram a ser bem maiores do que aquelas e que, na segunda metade daquele decênio, a isenção quanto aos consumidores industriais foi atingida. Mas isso, em meu modo de ver, não desnatura aquela constatação.

O referido período coincide com uma maior expansão do setor elétrico brasileiro (lembrando que a receita decorrente do IUEE deveria ser aplicada na produção, na transmissão e na distribuição de energia elétrica)³⁵ e, ainda, com época em que houve a cobrança do empréstimo compulsório em favor da Eletrobras com base no Decreto-lei nº 1.512/76.

Trazendo a discussão sobre a essencialidade da energia elétrica para tempos mais recentes, vale citar de início, como o fez o Relator, a Lei nº 7.883/89, que dispõe sobre as limitações ao exercício do direito de greve. Esse diploma legislativo insere na categoria dos serviços ou atividades essenciais a produção e a distribuição de energia elétrica. Há, aqui, inegável evidência da mencionada característica desse bem.

Ainda a respeito da essencialidade da energia elétrica, cumpre lembrar ter a BBC, em 2012, veiculado matéria – com apoio em dados da Agência Internacional de Energia (AIE) – apontando que o Brasil era o 10º

34 Vide art. 4º, § 5º, da Lei nº 2.308/54, atualizada até a Lei nº 5.655/71. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-2308-31-agosto-1954-355125-norma-atualizada-pl.html>>. Acesso em: 11 maio 2021.

35 Vide art. 5º da Lei nº 2.308/54, na redação original e na redação conferida pela Lei nº 4.156/62.

RE 714139 / SC

maior consumidor mundial de energia elétrica (e um dos líderes na produção de energia hidrelétrica e de biocombustíveis). Na publicação, se registrou que, “em geral, os países emergentes deverão representar 90% do aumento previsto da demanda global de energia até 2035, segundo a AIE. No Brasil, a demanda de energia primária deverá crescer 78% nesse período”³⁶.

Paralelamente a esses dados, insta consignar, como o fez o Relator, que 99,8% dos domicílios no País possuem energia elétrica, consoante dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) relativos a 2019. Quanto aos estabelecimentos comerciais e industriais, corretamente, a meu ver, assentou o decano da Corte ser autoevidente a importância do bem.

Em termos mais concretos, a essencialidade da energia elétrica fica claramente evidenciada na análise do recente caso do apagão no Estado do Amapá, iniciado em 3/11/20 e decorrente de incêndio na mais importante subestação de energia daquele estado.

Foram gravíssimas as consequências da falta da energia elétrica, tendo o Ministério de Minas e Energia de criar gabinete de crise, o Governador do Estado do Amapá de decretar situação de emergência e o Prefeito de Macapá de decretar calamidade pública. Valer conferir trecho de matéria do *G1*, datada de 18/11/20, a respeito do assunto:

“A queda de energia afetou também o sistema hidráulico do estado. Falta água encanada, água mineral e gelo.

A falta de energia impactou, conseqüentemente, os serviços de internet e de telefonia. A maioria parou de funcionar e mesmo com o retorno parcial da eletricidade, a comunicação ainda segue precária.

Caixas eletrônicos e máquinas de cartão, que precisam de carregamento elétrico, também pararam de funcionar, o que faz com que as pessoas não consigam fazer compras.

Bombas de postos de gasolina também pararam de

36 Disponível

em:

<https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/03/120331_brasil_ranking_consumo_energi_a_df_rw>. Acesso em: 25 maio 2021.

RE 714139 / SC

funcionar sem energia. Com o rodízio, eles operam somente nos horários em que o fornecimento está normalizado. Só ficaram operantes os postos que têm gerador próprio (antes com horário reduzido por causa da pandemia, eles agora podem funcionar 24h).

Por causa de todos esses problemas, moradores fazem protestos contra o apagão no estado desde sexta-feira (6). Segundo balanço da polícia, entre sexta-feira (6) e a madrugada de quinta-feira (12), foram mais de 70 atos contra o apagão.

Na sexta-feira (6), o governador Waldez Góes (PDT) assinou decreto que estabelece situação de emergência em todo o estado por 90 dias. A decisão permite a mobilização de ações voluntárias de assistência social e dispensa de licitação para compra de bens e realização de serviços e obras. É possível adquirir, por exemplo, água potável e mineral, além de alimentos para a população.³⁷

Em razão do apagão, o Presidente do TSE, Ministro **Roberto Barroso**, em célere decisão, teve de adiar as eleições municipais em Macapá, o que foi confirmado pelo Plenário daquela Corte. Sua Excelência destacou trecho de informações recebidas do TRE do Amapá no qual se indicou não haver segurança adequada para a realização das eleições na capital.

O recente caso do apagão do Amapá demonstra, efetivamente, a **essencialidade do bem em questão**. Ele também revela outro importante elemento que deve ser considerado na análise da controvérsia: tratando-se de energia elétrica, **a essencialidade do bem independente da classe na qual se encontra o consumidor**. A energia elétrica é essencial para consumidores residenciais, rurais, industriais e comerciais (ou outra classe).

Como bem sintetiza Kiyoshi Harada,

37 Disponível em: <<https://g1.globo.com/ap/amapa/noticia/2020/11/06/apagao-no-amapa-entenda-as-causas-e-consequencias-da-falta-de-energia-no-estado.ghtml>>. Acesso em: 11 maio 2021.

RE 714139 / SC

“No estágio atual da civilização, a energia elétrica é **sempre um bem essencial**. Sua ausência acarretaria a paralisação do processo produtivo e nem haveria circulação de riquezas. A energia elétrica é a força motriz que gera o desenvolvimento econômico-social”³⁸ (grifos nossos).

Corroborando o entendimento, Roque Antonio Carrazza afirma que a energia elétrica “é essencial para o progresso do País”³⁹; Paulsen nos lembra que “as necessidades mais básicas dependem de energia, como produzir luz, refrigerar alimentos, ligar um computador”⁴⁰; Marcus Vinicius Barbosa aponta que, com os avanços sociais e tecnológicos, passa-se a depender, cada vez mais, da energia elétrica, destacando que o bem é absolutamente essencial igualmente para a população mais pobre⁴¹.

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

38 A inversão da seletividade do ICMS. Harada advogados associados. 28 de maio de 2018. Disponível em: <<http://haradaadvogados.com.br/inversao-da-seletividade-do-icms-2/>>. Acesso em: 6 maio 2021.

39 CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 462.

40 PAULSEN, Leandro. *Constituição e Código Tributário comentados à luz da doutrina e da jurisprudência*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 357.

41 SEEFELDER, Claudio; CAMPOS, Rogério (coords.). *Constituição e Código Tributário comentados* [livro eletrônico]: sob a ótica da Fazenda Nacional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

RE 714139 / SC

relação a algumas pequenas faixas de consumo de energia 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.

Não se diga, de mais a mais, que é razoável a cobrança de ICMS sobre energia elétrica, como regra, com alíquota fixada em patamar superior ao da alíquota aplicável nas operações em geral.

Matéria da *Agência Brasil*, de agosto de 2020, já aponta que “oitenta e quatro por cento dos brasileiros entrevistados pelo Ibope e pela Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia (Abraceel) consideram a energia elétrica cara ou muito cara”⁴². Se a simples oneração da energia elétrica com o ICMS já contribui para essa carestia, certamente mais contribui para isso a incidência desse imposto com aquele nível elevado de alíquota.

Aplicando a compreensão acima no presente feito, reconheço a inconstitucionalidade da Lei Catarinense nº 10.297/96 ao fixar a alíquota de ICMS de 25% como regra para as operações com energia elétrica, ressaltando que a mesma lei estabelece a alíquota de 17% para as operações em geral.

Atente-se que a mesma alíquota de ICMS de 25% também é expressamente utilizada, na referida lei, para a tributação das **operações com produtos supérfluos** relacionados em anexo, o que abrange armas, munições, perfumes, cosméticos, cigarro, cigarrilha, charutos, cervejas etc., todos de determinadas posições ou capítulos da Nomenclatura

42 Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-08/energia-eletrica-e-cara-ou-muito-cara-para-84-dos-brasileiros>>. Acesso em: 4 maio 2021.

RE 714139 / SC

Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado (NBM/SH).

Destaco, a par disso, com apoio nas anotações já realizadas, não ser suficiente para se julgar constitucional a norma em questão o fato de a lei catarinense ter previsto alíquota menor de ICMS (de 12%) para (i) operações com energia elétrica de consumo domiciliar, até os primeiros 150kWh e (ii) operações com energia elétrica destinada a produtor rural e cooperativas rurais redistribuidoras, na parte que não exceder a 500kWh mensais por produtor rural.

Os grupos de consumidores de energia elétrica beneficiados com a alíquota de 12% são, evidentemente, ínfimos em comparação com a universalidade daqueles onerados com aquela alíquota elevada de 25%.

Na adoção do ICMS seletivo, a referida lei equiparou a energia elétrica a produtos supérfluos, cobrando, como regra, o ICMS sobre tal bem com alíquota elevada de 25%. São onerados com essa alíquota os consumidores comerciais e industriais, o Poder Público bem como os consumidores residenciais e rurais cujo consumo supere aqueles limites. Só de maneira excepcional, a lei previu a cobrança desse tributo com menor onerosidade em prol de alguns poucos grupos.

Ou seja, a lei catarinense, não obstante tenha observado a eficácia positiva da seletividade na cobrança do ICMS sobre energia elétrica com aquela alíquota de 12%, nas situações acima especificadas, violou a eficácia negativa do mesmo preceito ao estabelecer a incidência, como regra, do ICMS sobre energia elétrica com a elevada alíquota de 25%, a qual, aliás, onera os produtos supérfluos. Houve, portanto, ofensa ao conteúdo mínimo da seletividade.

Se assim não o fosse, reitero, bastaria o legislador conceder, por exemplo, um ou outro benefício fiscal de redução de alíquota sobre bens notoriamente essenciais para se ter como válida a fixação de alíquotas, para esses mesmos bens, superiores àquela incidente sobre as operações em geral – o que viola a negativa da seletividade –, **sem que, excepcionalmente, outros elementos, tidos por razoáveis, sejam ponderados**, como ocorreu nos casos da tributação, pelo IPI, do açúcar e dos alimentos destinados a cães e gatos, já citados.

RE 714139 / SC

Não obstante o reconhecimento da inconstitucionalidade em alusão, considerando o relevante impacto dessa decisão nas finanças do estado e o fato de que, há muito, várias outras unidades editaram leis em dissonância com a compreensão acima, gerando receitas e expectativas de receitas até então tidas como legítimas, julgo ser o caso de se modularem os efeitos dessa decisão, de modo que ela **produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro.**

Preserva-se, assim, o exercício financeiro ora em andamento. Destaco que medida como essa tem sido observada pela Corte em modulações de efeitos quando em jogo questões tributárias que provoquem relevantes repercussões nas contas pública. Nesse sentido: ADI nº 5.469/DF e RE nº 1.287.019/DF, sessão de 24/2/21.

Ressalvo da proposta de modulação as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito. Diligência como essa tem sido observada pela Corte em julgados recentes. Nessa direção: RE nº 605.552-ED-segundos, Tribunal Pleno, de **minha relatoria**, DJe de 12/4/21.

DO ICMS SOBRE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO À LUZ DA SELETIVIDADE

Como se viu, o dimensionamento do ICMS, quando presente sua seletividade, pode levar em conta, entre outros elementos, a capacidade econômica do consumidor bem como as características econômicas, sociais e naturais do país. Julgo que a fixação da alíquota de 25% sobre os serviços de telecomunicações pela Lei Catarinense nº 10.297/96 **tem grande conexão com o contexto econômico-social existente à época da edição desse diploma.**

Na época, linha de telefone era, praticamente, item de luxo no Brasil. Renato Navarro Guerreiro, na matéria “A nova fase das telecomunicações”, publicada em 10 de setembro de 1999, na *Folha de São Paulo*, registrou que:

“Até abril de 1997, uma linha telefônica, pelo plano de expansão, custava ao cidadão R\$ 1.117,63, e em centros urbanos

RE 714139 / SC

como Rio e São Paulo não raro linhas telefônicas eram negociadas no mercado a R\$ 7.000 e até R\$ 9.000, **valores que excluía parcelas significativas de famílias da possibilidade de ter um telefone residencial.**

Com relação às tarifas, a assinatura residencial, que em 1994 era de R\$ 0,44, beneficiava os estratos sociais mais bem-aquinhoados. (...) Em resumo: antes, os mais pobres não tinham recursos para habilitar um telefone – 98% dos telefones residenciais eram detidos por pouco mais de 20% das famílias brasileiras com renda mensal superior a R\$ 1.000 – e os mais abastados se beneficiavam da ridícula tarifa de assinatura de R\$ 0,44.”⁴³

Matéria do *Estado de S. Paulo* nos lembra que, em 1998, uma linha de telefonia fixa “chegava a custar US\$ 5 mil e a fila de espera dos clientes era de dois a cinco anos na época da privatização”⁴⁴. Naquele ano, “o País contava com 17 milhões de linhas fixas e 4,6 milhões de celulares”.

Considero, desse modo, que a cobrança de ICMS com alíquota de 25% sobre os serviços de telecomunicação **na época em que foi editada a lei ora combatida** estava em harmonia com aqueles elementos. Isto é, sendo item caro e adquirido, via de regra, por pessoas e famílias mais afortunadas, é razoável se presumir que essas tinham maior capacidade econômica. Tinham, assim, condições de honrar com o pagamento do ICMS, tal como dimensionado, embutido no preço do serviço.

Nem se diga que a população de baixa renda estava alheia ao processo de comunicação à distância, por conta dos elevados preços para aquisição de linha de telefone ou mesmo por conta de eventual incidência da mesma alíquota na telefonia por meio de telefones públicos. Isso porque, na época da edição da lei hostilizada, ainda se via bastante o uso, por essa população, de cartas e telegramas. As cartas sociais, em especial,

43 Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz10099909.htm>>. Acesso em: 8 mar 2021.

44 Disponível em: <<https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,em-1998-telefonia-fixa-era-cara-e-tinha-fila-de-espera,70002420042>>. Acesso em: 8 mar 2021.

RE 714139 / SC

tinham preços bastante acessíveis. Hoje, se paga 1 (um) centavo para se enviar uma carta social. A respeito do assunto, registre-se o que um carteiro disse, em uma entrevista publicada pelo jornal *Hoje em Dia*, em 2015:

“Para Alves, é uma pena que o hábito de escrever cartas tenha ficado no esquecimento da maioria da população. 'Acho um meio bacana e barato e bem melhor do que o telefone (...)'. Lembra.

O carteiro conta que já precisou ler muita carta no ano de 1999 e no início dos anos 2000 e que passou por alguns apertos. 'Era comum informar falecimento por meio de carta, coisa que hoje já não se faz mais. O pior era quando a pessoa era analfabeta, pedia para a gente ler e entrava em desespero. Depois, a gente ficava lá, tentando consolar a pessoa', lamenta o mensageiro.”⁴⁵

Ocorre que, com o passar do tempo, as linhas telefônicas se popularizaram no país. Diversas razões confluíram para isso, como a privatização da Telebras, em 1998.

A *Folha Online*, em publicação de 29/7/03, consignou que “a linha telefônica foi o produto que ficou mais barato desde o início do Plano Real, com uma queda de 98% no preço”⁴⁶, embora o preço da tarifa tenha subido. De acordo com o panorama setorial de telecomunicação de dezembro de 2020, nesse período havia 234,1 milhões de linhas móveis e 30,2 milhões de telefones fixos em operação no Brasil. As assinaturas de telefonia móvel com a tecnologia 4G registraram, no referido mês, 173,7 milhões de linhas⁴⁷.

45 Disponível em: <<https://www. hojeemdia.com.br/almanaque/cartas-escritas-a-m%C3%A3o-sobrevivem-%C3%A0-era-digital-1.314817>>. Acesso em: 9 mar 2021.

46 Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/foha/dinheiro/ult91u70992.shtml>>. Acesso em: 9 mar 2021.

47 Disponível em: <https://www.gov.br/anatel/pt-br/dados/acompanhamento/relatorios-de-acompanhamento/2020#R2020_38>. Acesso em: 9 mar 2021.

RE 714139 / SC

Em poucas palavras, do contexto em alusão se infere que **as pessoas menos afortunadas (menor capacidade contributiva) passaram a também, paulatinamente, contratar serviços de telecomunicação.**

A legislação em questionamento, contudo, não acompanhou essa evolução econômico-social, mantendo a tributação desses serviços pelo ICMS com aquela alíquota, sem fazer qualquer distinção. **Tornou-se, com o passar do tempo, inconstitucional.**

Nesse ponto, destaco que é extremamente difícil precisar o momento exato em que a lei passou a ser incompatível com o texto constitucional. Além disso, anote-se que a lei questionada continuou sendo aplicada, **com presunção de constitucionalidade**, até os dias de hoje, gerando receitas e expectativa de receitas para o Estado de Santa Catarina.

Em razão dessas circunstâncias: (i) julgo inconstitucional a lei questionada no tocante à alíquota de 25% de ICMS incidente sobre os serviços de telecomunicação, determinando a aplicação da mesma alíquota do ICMS pelo Estado de Santa Catarina para as mercadorias e serviços em geral (art. 19, inciso I, da Lei nº 10.297/96); e (ii) desde logo, **proponho a modulação dos efeitos da decisão, estipulando que ela produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro.**

Preserva-se, também aqui, o exercício financeiro ora em andamento.

Ademais, julgo que, quanto a essa modulação, também devem ser ressalvadas as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, acompanhando o Relator, Ministro **Marco Aurélio**, voto pelo parcial provimento do recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, “deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual nº 10.297/1996”. Acompanho Sua Excelência também quanto à tese de repercussão geral proposta.

Proponho a modulação dos efeitos da decisão, estipulando que ela

RE 714139 / SC

produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro, ressaltando as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito.

É como voto.

NOVA PROPOSTA DE MODULAÇÃO – 2024 (PRÓXIMO PPA)

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O Tribunal Pleno, na sessão de 12/11 a 22/11/21, por maioria, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual nº 10.297/96, salientando que os requisitos concernentes à restituição e compensação tributária situam-se no âmbito infraconstitucional.

Ficaram vencidos os Ministros **Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Roberto Barroso**.

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.”

Em relação à modulação dos efeitos por mim proposta, votou o Ministro **Nunes Marques** me acompanhando.

Na sequência, o julgamento foi **suspenso** para a colheita, em assentada posterior, dos votos dos demais Ministros a respeito dessa proposta.

Na continuidade do julgamento, na sessão virtual de 26/11/21 a

RE 714139 / SC

3/12/21, o Ministro **Gilmar Mendes** pediu vista dos autos.

Com a devolução da vista pelo eminente Ministro, **a proposta de modulação dos efeitos encontra-se em votação na sessão virtual de 10/12/21 a 17/12/21.**

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 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 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.

RE 714139 / SC

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.

Por exemplo, recentemente, o *Jota* publicou matéria, da qual participou o Diretor institucional do Comitê Nacional dos Secretários de Estado da Fazenda (Comsefaz), indicando que “a redefinição da alíquota, se seguido o entendimento do STF pelos estados em legislações locais, representaria uma perda anual estima por eles de R\$ 26,6 bilhões”⁴⁸. Por seu turno, o jornal *Diário do Nordeste* apontou que, no Ceará, a decisão da Corte enseja “perda de cerca de R\$ 1,6 bilhão por ano na arrecadação do ICMS”⁴⁹.

Recentemente, recebi em audiência os governadores dos estados e as respectivas procuradorias, os quais também peticionaram nos autos reproduzindo tabela na qual identificam que o impacto anual da decisão da Corte, tomando como base preços de 2019, varia, a depender do estado, de R\$ 19 milhões (Estado de Roraima) a R\$ 3,59 bilhões (Estado de São Paulo). Ainda a título de exemplo, vale citar que, à luz da mesma tabela, o impacto anual será (com arredondamento) de R\$ 1,45 bilhão para o Estado da Bahia; de R\$ 1,66 bilhão para o Estado do Goiás; de R\$ 3,08 bilhões para o Estado de Minas Gerais; de R\$ 3,10 bilhões para o Estado do Paraná; de R\$ 2,32 bilhões para o Estado do Rio de Janeiro; de R\$ 3,26 para o Estado do Rio Grande do Sul; e de R\$ 1,49 para o Estado de Santa Catarina.

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,

48 Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/como-decisao-do-stf-sobre-icms-de-energia-e-telecom-impacta-empresas-e-arrecadacao-24112021>>. Acesso em: 24 nov 2021.

49 Disponível em: <<https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/negocios/julgamento-do-stf-sobre-icms-pode-ter-impacto-de-r-16-bi-no-ceara-1.3098593>>. Acesso em: 24 nov 2021.

RE 714139 / SC

se estipular que a decisão da Corte produza efeitos **a partir de 2024, primeiro exercício financeiro regido pelo próximo plano plurianual (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.

Ademais, considero importante ressalvar 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). Resta definir qual **marco temporal** razoável e condizente com as particularidades do presente caso deve ser adotado, a fim de se identificarem quais são as ações a ser ressalvadas.

Julgo ser mais adequado adotar como **marco o dia no qual foi proferido o voto do Ministro Marco Aurélio, isto é, 5/2/21** (data do início do julgamento do mérito). De um lado, isso **prestigiará aqueles que já haviam ingressado com ação até essa data**. Do outro lado, **não serão ressalvadas as ações ajuizadas após esse marco**.

Vale registrar o que disseram diversos estados da federação: “o movimento de judicialização se intensificou nos últimos dias de julgamento do Tema 745/RG”. A proposta de modulação sugerida visa a combater tal espécie de corrida ao Poder Judiciário, a qual me parece muito prejudicial, considerando as citadas particularidades do presente tema e o mencionado contexto econômico-social do País e dos estados da Federação.

Ante o exposto, em substituição à proposta anteriormente por mim encaminhada, proponho a modulação dos efeitos da decisão, estipulando que ela produza efeitos **a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21).**

RE 714139 / SC

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 714.139

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S) : LOJAS AMERICANAS S.A.

ADV.(A/S) : GERSON STOCCO DE SIQUEIRA (75970/RJ)

ADV.(A/S) : ANETE MAIR MACIEL MEDEIROS (15787/DF, 92715/MG, 79926/PR, 158742/RJ, 374663/SP)

RECDO.(A/S) : ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ACRE

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE

INTDO.(A/S) : ESTADO DE ALAGOAS

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAPÁ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAZONAS

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS

INTDO.(A/S) : ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

INTDO.(A/S) : ESTADO DO CEARÁ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

INTDO.(A/S) : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO MARANHÃO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARÁ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DA PARAÍBA

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO. (A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO. (A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO. (A/S) : ESTADO DE RONDÔNIA
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO. (A/S) : ESTADO DE RORAIMA
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO. (A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO. (A/S) : ESTADO DE SERGIPE
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
INTDO. (A/S) : ESTADO DO TOCANTINS
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
INTDO. (A/S) : SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE
SERVIÇO MÓVEL CELULAR E PESSOAL (SINDITELEBRASIL)
ADV. (A/S) : LUIZ ROBERTO PEROBA BARBOSA (21360/DF, 21659/ES,
129738/RJ, 130824/SP)
ADV. (A/S) : RODRIGO CORREA MARTONE (54570/DF, 212503/RJ,
206989/SP)
ADV. (A/S) : ANDRE TORRES DOS SANTOS (35161/DF)
ADV. (A/S) : SAUL TOURINHO LEAL (22941/DF)
INTDO. (A/S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PROVEDORES DE INTERNET E
TELECOMUNICAÇÕES - ABRINT
ADV. (A/S) : PAULO HENRIQUE DA SILVA VITOR (106662/MG)
ADV. (A/S) : ALAN SILVA FARIA (114007/MG)
ADV. (A/S) : JORDANA MAGALHÃES RIBEIRO (118530/MG)
ADV. (A/S) : GUSTAVO DE MELO FRANCO TÔRRES E GONÇALVES (128526/MG)

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que dava parcial provimento ao recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual nº 10.297/1996, salientando que os requisitos concernentes à restituição e compensação tributária situam-se no âmbito infraconstitucional, e fixava a seguinte tese (tema 745 da repercussão geral): "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"; e do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que divergia do Relator para dar parcial provimento ao recurso, apenas para afastar a alíquota de 25% incidente sobre os serviços de comunicação, aplicando-se a mesma alíquota do ICMS adotada pelo Estado de Santa Catarina para as mercadorias e serviços em geral

(art. 19, I, da Lei 10.297/1996), propondo a fixação das seguintes teses: "I. Não ofende o princípio da seletividade/essencialidade previsto no art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal a adoção de alíquotas diferenciadas do ICMS incidente sobre energia elétrica, considerando, além da essencialidade do bem em si, o princípio da capacidade contributiva. II. O ente tributante pode aplicar alíquotas diferenciadas em razão da capacidade contributiva do consumidor, do volume de energia consumido e/ou da destinação do bem. III. A estipulação de alíquota majorada para os serviços de telecomunicação, sem adequada justificativa, ofende o princípio da seletividade do ICMS", pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Falaram: pela recorrente, o Dr. Leandro Daumas Passos; pelo recorrido, o Dr. Alisson de Bom de Souza, Procurador do Estado de Santa Catarina; pelo interessado Estado do Rio Grande do Sul, a Dra. Fernanda Figueira Tonetto Braga, Procuradora do Estado; e, pelo interessado Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal - SINDITELEBRASIL, o Dr. Luiz Roberto Peroba Barbosa. Plenário, Sessão Virtual de 5.2.2021 a 12.2.2021.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Dias Toffoli, que, acompanhando o Ministro Marco Aurélio (Relator), votava pelo parcial provimento do recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, "deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual nº 10.297/1996", e acompanhava o Relator também quanto à tese de repercussão geral proposta, e, ao final, propunha a modulação dos efeitos da decisão, estipulando que ela produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro, ressalvando as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito; e do voto da Ministra Cármen Lúcia, que acompanhava o Relator, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 11.6.2021 a 18.6.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

23/11/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 714.139 SANTA CATARINA

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de recurso extraordinário interposto por Lojas Americanas S. A., com fundamento nas alíneas “a” e “c” do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, contra acórdão formalizado pela Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no qual se afirmou a constitucionalidade de dispositivo de lei estadual que fixou, relativamente ao fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicações, alíquotas superiores àquela das operações em geral. O pronunciamento restou assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ALÍQUOTA DE ICMS (25%). ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SELETIVIDADE, EM FUNÇÃO DA ESSENCIALIDADE DO PRODUTO (ART. 155 § 2º, III). INOCORRÊNCIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE DENEGOU A SEGURANÇA. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. A Constituição Federal dispõe que o ICMS “poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços” (art. 155, § 2º, III – grifei). Diferentemente, no caso do IPI a CF determina que “será seletivo, em função da essencialidade do produto” (art. 153, § 3º, I, da CF – grifei). Não há dúvida de que o legislador estadual não pode simplesmente desconsiderar a norma prevista no art. 155, § 2º, III, da CF, por conta da potestatividade inerente à expressão “poderá ser seletivo”. No entanto, há que reconhecer que é determinação que dá ao legislador margem mais ampla de decisão que a expressão “deverá ser seletivo”, reservada apenas ao IPI. Essa constatação restringe a atuação do Judiciário

RE 714139 / SC

a hipóteses inequívocas de violação do Princípio da Seletividade, que não é o caso dos autos.

Para que o pleito formulado pelo impetrante pudesse ser apreciado pelo Judiciário, seria necessário que, por algum meio de prova, o interessado demonstrasse peremptoriamente a incompatibilidade da norma estadual com a determinação constitucional. Mais: essa prova, no caso do Mandado de Segurança, deveria ser préconstituída. A seletividade conforme a essencialidade do bem somente poderia ser aferida pelo critério de comparação. Embora seja inequívoca a importância da energia elétrica e dos serviços de comunicação, a violação da seletividade não ficou demonstrada. (RMS 28.227/GO, Relator Ministro Herman Benjamin.)

Nas razões recursais, a recorrente alega violação dos artigos 150, inciso II, e 155, § 2º, inciso III, ambos da Constituição Federal. Aponta que o Estado de Santa Catarina implementou a seletividade na cobrança do ICMS como mecanismo extrafiscal, sem observar o critério da essencialidade. Sustenta que “a extrafiscalidade inerente ao ICMS encontra-se condicionada ao caráter do bem ou serviço em questão. Ou seja, ao estabelecer a alíquota do ICMS de forma seletiva (faculdade), deve-se observar a importância do bem ou serviço”. Afirma que o ente federado, ao aplicar a seletividade ao ICMS, necessariamente deve fazê-lo sob o ângulo da essencialidade. Salienta “a incoerência evidente existente na imposição legal de uma alíquota de 17% para o cálculo do ICMS incidente sobre a venda de mercadorias em geral, como, por exemplo, brinquedos, roupas, joias e fogos de artifício, enquanto a alíquota a ser aplicada sobre operações em energia elétrica e serviços de telecomunicação é de 25%, serviços estes que são evidentemente bem mais essenciais”. Reputa inadequada a compreensão adotada pelo Tribunal de origem no sentido de que apenas o consumo residencial dos serviços em tela seria essencial. Aduz ainda que ao aplicar a seletividade sem considerar a essencialidade do bem, o acórdão recorrido vulnerou o princípio da isonomia.

Em contrarrazões, o Estado de Santa Catarina defendeu a higidez do

RE 714139 / SC

ato atacado. Argumentou que o legislador estadual pode, no implemento da seletividade, considerar a capacidade contributiva. Sublinha que a própria essencialidade do bem é delimitada pela condição do consumidor.

Em 12/06/2014, o Tribunal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ENERGIA ELÉTRICA – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – SELETIVIDADE – ALÍQUOTA VARIÁVEL – ARTIGOS 150, INCISO II, E 155, § 2º, INCISO III, DA CARTA FEDERAL – ALCANCE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade de norma estadual mediante a qual foi prevista a alíquota de 25% alusiva ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços incidente no fornecimento de energia elétrica e nos serviços de telecomunicação, em patamar superior ao estabelecido para as operações em geral – 17%.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo parcial provimento do recurso. Eis a ementa do parecer:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 745. ICMS. ARTS. 150, II, E 155, § 2º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SELETIVIDADE E ESSENCIALIDADE. ENERGIA ELÉTRICA E TELECOMUNICAÇÕES. ALÍQUOTA ESPECÍFICA SUPERIOR À ALÍQUOTA GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO. MODULAÇÃO DE EFEITOS RECOMENDÁVEL.

1. É inconstitucional o art. 19, inciso II, alíneas “a” e “c”, da Lei estadual 10.297/1996 de Santa Catarina no que prevê

RE 714139 / SC

alíquotas do ICMS superiores à geral a incidirem sobre energia elétrica e serviços de telecomunicações, por incompatibilidade com o princípio da seletividade/essencialidade.

2. Eliminada a regra especial que estipula alíquota majorada para energia elétrica e telecomunicações, tem-se que o ICMS de ambas cairá automaticamente na regra geral do Estado-membro e o contribuinte terá direito de pleitear a restituição dos valores pagos nos últimos cinco anos, nos termos do art. 168 do Código Tributário Nacional, não havendo falar em ofensa à separação de poderes por ativismo Judicial.

3. Concretiza o princípio da igualdade tributária a instituição, a partir de níveis reduzidos de consumo, de alíquotas progressivas na energia fornecida à população economicamente mais vulnerável, ao contrário do que sugere o recorrente, não havendo falar em ofensa ao art. 150, II, da Constituição. 3. Parecer pelo provimento parcial do recurso extraordinário.

4. Por colocar em risco a segurança jurídica e veicular matéria de excepcional interesse social, recomenda-se a modulação dos efeitos *pro futuro*, com estipulação de prazo razoável para adaptação da legislação do ICMS pelo Legislativo catarinense.

Iniciado o julgamento, o Ministro Marco Aurélio, relator, votou pelo parcial provimento do recurso, com a seguinte proposta de 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 Alexandre de Moraes inaugurou a divergência. Votou pelo parcial provimento do recurso, apenas no tocante à alíquota dos serviços de telecomunicações. Propôs as seguintes teses:

RE 714139 / SC

“I. Não ofende o princípio da seletividade/essencialidade previsto no art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal a adoção de alíquotas diferenciadas do ICMS incidente sobre energia elétrica, considerando, além da essencialidade do bem em si, o princípio da capacidade contributiva.

II. O ente tributante pode aplicar alíquotas diferenciadas em razão da capacidade contributiva do consumidor, do volume de energia consumido e/ou da destinação do bem.

III. A estipulação de alíquota majorada para os serviços de telecomunicação, sem adequada justificativa, ofende o princípio da seletividade do ICMS.”

O ministro Dias Toffoli pediu vista e, na retomada do julgamento, acompanhou o voto do ministro relator, inclusive quanto à tese. Propôs, porém, “a modulação dos efeitos da decisão, estipulando que ela produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro, ressalvando as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito”.

Após o voto do ministro Dias Toffoli, a ministra Cármen Lúcia também acompanhou o relator.

Pedi vista dos autos para melhor debruçar-me sobre a complexa e multifacetada questão controvertida, com impacto relevante na arrecadação dos Estados e na economia do País, tendo em vista a posição fundamental ocupada pelos serviços de telecomunicações e pelo fornecimento de energia elétrica.

I. Princípio da seletividade e ICMS

A questão controvertida neste recurso extraordinário consiste em definir o alcance da regra prevista no inciso III do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal, no que prevê a aplicação do princípio da seletividade ao ICMS, a partir do critério da essencialidade. Eis o teor do preceito:

RE 714139 / SC

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;

Vem em boa hora a submissão do tema ao Plenário do Supremo Tribunal Federal. Longe de impor a este Colegiado a mera exegese de aparentemente singela norma constitucional, a questão em jogo envolve a delimitação de balizas coerentes para o funcionamento do sistema tributário à luz do projeto albergado pela Assembleia Constituinte de 1988.

E o impacto se revela não apenas sob o prisma do sistema jurídico - o que por si só, como veremos, evidenciaria a relevância do tema -, mas também da estrutura fiscal concernente a áreas socialmente sensíveis e intimamente associada a objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Não é de hoje a inflexão da sociedade brasileira acerca da correção do sistema tributário brasileiro, especialmente no que diz respeito às incoerências que permeiam o sistema e ao inegável caráter regressivo que o reveste.

É evidente que há ajustes estruturais que pressupõem reformas constitucionais, conduzidas no âmbito do Congresso Nacional; porém, processos como este permitem reflexões profundas sobre o sistema atual, à luz do que preconizado pela Constituição Federal.

E a matéria concernente ao artigo 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal mostra-se intimamente relacionada aos fundamentos de equidade

RE 714139 / SC

do sistema tributário, introduzindo na sistemática do ICMS a possibilidade de instituição de alíquotas variadas, com base no princípio da seletividade.

Reporto-me a uma faculdade conferida ao ente tributante porque o dispositivo em tela estabelece que o imposto “poderá ser seletivo”, em evidente diferenciação em relação ao imposto sobre produtos industrializados, cuja regra constitucional preconiza que o tributo “será seletivo” (CF, art. 155, § 3º, inciso I).

A questão posta nestes autos concerne ao critério conformativo da aplicação do princípio da seletividade, relativamente ao ICMS, pelo legislador estadual.

Ou seja, está o legislador vinculado apenas à essencialidade na diferenciação das alíquotas, de modo que produtos tidos por essenciais em hipótese alguma podem ser onerados em patamares superiores à alíquota geral?

A resposta positiva implicaria, por exemplo, a interdição de alíquotas variadas de energia elétrica de acordo com as atividades desenvolvidas pelo consumidor, considerado o volume da energia elétrica contratada ou sua destinação.

Contudo, entendo que a interpretação sistêmica das normas em tela não conduz a ortodoxia desse jaez, no tocante ao engessamento do campo de ação aberto ao legislador pelo Constituinte.

Com efeito, ao oportunizar a incidência da seletividade no ICMS, vinculando-a à fixação de alíquotas “em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços”, o Constituinte não instituiu microsistema próprio a esse imposto, apartando-o das diretrizes gerais do sistema tributário.

É dizer, o critério da essencialidade na aplicação do princípio da seletividade deve ser lido e interpretado à luz das normas gerais que regem o sistema tributário nacional e dos valores constitucionais positivados, especialmente os princípios da capacidade contributiva e da isonomia.

Em verdade, a própria essencialidade concretiza a isonomia material

RE 714139 / SC

no sistema tributário, uma vez que permite ao ente público diferenciar os produtos tributados a partir de sua natureza, evitando que aqueles forçosamente consumidos por todos sejam tributados no mesmo patamar dos bens supérfluos usualmente consumidos apenas por classes abastadas.

Ou seja, a partir da diferenciação dos produtos alcançados pelo imposto, afasta-se a regressividade do sistema, com a consequente potencialização da isonomia material no sistema tributário.

Esse foi, aliás, o propósito do Constituinte, conforme colho do relatório aprovado pela Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas, cuja redação proposta, em relação à seletividade do ICMS, foi chancelada pela Comissão de Sistematização. Confira-se:

16. A progressividade do sistema é ampliada, não só pela previsão do imposto de heranças, mas também porque o ICM, agora absorvendo os impostos únicos e o imposto sobre serviços de qualquer natureza, poderá ter alíquotas seletivas em função da essencialidade dos produtos, mantidos as demais características, que foram alvo de aperfeiçoamentos.

Nesse sentido, seria um contrassenso conferir à essencialidade o caráter restritivo que se pretende, de modo a dela extrair conclusões que eventualmente afastem a incidência do princípio da capacidade contributiva, outro fator potencializador da justiça fiscal.

Repito: a essencialidade, enquanto critério concretizador da isonomia material na tributação, não pode afastar as próprias premissas normativas de sua existência, especialmente o princípio da capacidade contributiva.

Em relação a esse princípio, anoto que o artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, ao dispor sobre os princípios gerais do sistema tributário nacional, estabelece que “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte (...)”.

RE 714139 / SC

Ao interpretar esse dispositivo, o Supremo Tribunal Federal tem consolidado o entendimento de que o princípio da capacidade contributiva deve ser considerado na composição dos elementos de todos os impostos, e mesmo de outros tributos.

É oportuno trazer à baila os fundamentos veiculados pelo voto condutor do Min. Eros Grau no exame do recurso extraordinário 562.045/RS, Redatora do Acórdão Min. Cármen Lúcia, DJe de 26/11/2013:

(...)

4. O entendimento de que a progressividade das alíquotas do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação - ITCD seria inconstitucional decola digo-o com as vênias de estilo da suposição de que esse § 1º do artigo 145 a admite exclusivamente para os impostos de caráter pessoal [menciono caráter porque os impostos não pertencem ao reino da natureza].

5. Sucede que todos os impostos estão sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, mesmo os que não tenham caráter pessoal.

6. O que a Constituição diz é que os impostos, sempre que possível, deverão ter caráter pessoal. A Constituição prescreve, afirma um dever ser: os impostos deverão ter caráter pessoal sempre que possível. E, mais, diz que os impostos, todos eles, sempre que possível serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.

7. Há duas sentenças aí : (1) terem caráter pessoal e (2) serem graduados, os impostos, segundo a capacidade econômica do contribuinte. Sempre que possível. Assim devem ser os impostos.

8. Permitam-me insistir neste ponto: o § 1º do artigo 145 da Constituição determina como devem ser os impostos, todos eles. Não somente como devem ser alguns deles. Não apenas como devem ser os impostos dotados de caráter pessoal. Isso é nítido. Nítido como a luz solar passando através de um cristal, bem polido.

9. É nítido e foi bem observado pelo Ministro Carlos

RE 714139 / SC

Velloso em votos prolatados nos REs ns. 153.771 e 234.105, dos quais destaco o seguinte trecho:

"A capacidade contributiva, que realiza a igualdade tributária, no que concerne aos impostos, está contida, conforme falamos, no § 1º do art. 145 da Constituição Federal. Duas questões, inscritas no referido § 1º do art. 145, costumam gerar polêmica: a) as expressões 'sempre que possível' e b) 'caráter pessoal'. III O Prof. José Maurício Conti, da USP, em livro que acaba de vir a lume, disserta a respeito do tema. Registra que a interpretação aligeirada, no sentido de que a expressão 'sempre que possível' quer dizer que o princípio da capacidade contributiva não seria aplicável a todos os impostos, deve ser afastada. Invoca, então, Américo Lacombe, a lecionar que 'A primeira observação é que a expressão sempre que possível só pode referir-se ao caráter pessoal dos impostos. Não é de ser conectada com a expressão seguinte, vale dizer, graduação segundo a capacidade econômica do contribuinte. Isto porque a graduação dos impostos segundo a capacidade econômica é um corolário lógico do princípio da igualdade, e, assim sendo, a sua referência expressa é totalmente despicienda. A conclusão, portanto, é que os impostos deverão ser graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte.' (Américo Lacombe, 'Igualdade e Capacidade Contributiva', em 'V Congresso Brasileiro de Direito Tributário', São Paulo, Separata da Ver. De Dir. Trib., 1991, pág. 157, José Maurício Conti, 'Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade', São Paulo, 1996, pág. 46). Conti registra a opinião de Alberto Xavier no sentido de que a ressalva 'sempre que possível' condiciona-se 'à imperatividade do caráter pessoal dos impostos e a sua graduação segundo a capacidade contributiva', certo que a 'ressalva constitucional deve ser interpretada no sentido de que apenas não estão submetidos aos referidos comandos os impostos cuja natureza e estrutura com eles sejam

RE 714139 / SC

incompatíveis. O IOF e o ICM são exemplos de impostos que não seria possível submeter ao princípio do caráter pessoal. Já, porém, no que concerne ao princípio da graduação segundo a capacidade econômica não encontramos nenhum caso - dentre a lista de tributos previstos na Constituição - cuja natureza e estrutura com ele não se acomode, valendo pois a referida ressalva para eventuais impostos criados ao abrigo da competência residual da União, regulada no art. 154' (Alberto Xavier, 'Inconstitucionalidade dos tributos fixos por ofensa ao princípio da capacidade contributiva', 'V Congresso Brasileiro de Dir. Trib.', São Paulo, Separata da RDP, 1991, pág. 119). Hugo de Brito Machado não destoa desse entendimento: 'Realmente, a expressão 'sempre que possível' diz respeito apenas à atribuição de caráter pessoal dos impostos. Não à graduação destes segundo a capacidade econômica dos contribuintes.' (0 Princípio da Capacidade Contributiva', em 'Caderno de Pesquisas Tributárias', vol. 14, 1989, págs. 124-126). José Eduardo Soares de Melo pensa da mesma forma ('Capacidade Contributiva', ob. Cit., pág. 149). A interpretação, pois, do que está inscrito no § 1º do art. 145 da Constituição Federal deve ser esta: sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal, dado que há impostos que não possuem tal característica. Mas a pessoalidade dos impostos deverá, a todo modo, ser perseguida. Todos os impostos, entretanto, estão sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, mesmo os que não tenham caráter pessoal.

10. Essa afirmação não há de causar nenhum espanto em quem dedique alguma atenção ao conceito econômico de tributo. Permito-me, a esse respeito, transcrever breve exposição de há mais de trinta anos:

"Entendem-se os tributos, economicamente, no conceito desenvolvido por WERNER GRAU, como uma parcela do produto nacional expressão física ou da renda

RE 714139 / SC

nacional expressão financeira que se transfere do setor privado para o setor público e que posteriormente retornará ao setor privado, sob a forma de bens ou serviços. Embora acabem sempre por afetar a renda das empresas e famílias o setor privado distinguem-se os tributos conforme direta ou indireta seja tal afetação. Assim, Indiretos são os tributos que se agregam à estrutura dos preços de bens e serviços, sendo com estes transferidos a terceiros, enquanto os diretos são os retirados à renda pessoal dos particulares, sendo por estes suportados. Nem por isso não será demais repetir a renda da comunidade deixa de ser o objeto final de toda e qualquer forma de imposição tributária. Os diferentes tributos a afetam, pois, de duas maneiras diversas: A - atingindo a renda auferida (quanto auferida ou pelo fato de haver sido auferida), ou B - atingindo a renda despendida ou aplicada (quando despendida ou aplicada, ou pelo fato de haver sido despendida ou aplicada). No primeiro caso, o poder público efetua uma subtração direta à renda auferida pela entidade do setor privado. Ai se situam os impostos diretos, através dos quais, compulsoriamente, transfere para si uma parcela dos rendimentos obtidos. Tais os casos do imposto de renda, na fonte ou por regime de declaração, e, mesmo, o dos tributos que têm por objeto o patrimônio, visto que, também ai, o que se está a gravar é a renda, real ou potencial, do patrimônio. No segundo, o poder público absorve uma parcela da renda do setor privado em função do fato de que as entidades privadas realizaram despesas e/ou aplicaram suas rendas. Tais os impostos que se incorporam ao preço dos bens e serviços -- chamados indiretos, sendo, portanto, suportados por quem os tenha adquirido. Importante notar, entretanto, que, algumas vezes, o tributo, que é por natureza direto, pode assumir configuração de indireto e vice-versa. Isso ocorre, exemplificativamente, na primeira hipótese, quanto ao

RE 714139 / SC

imposto de renda retido na fonte, incidente sobre remessa de preço de serviço a entidade no exterior, quando suportado pela entidade nacional beneficiária dos serviços; o mesmo com relação aos impostos sobre o patrimônio, cujo valor o proprietário de bem imóvel faça transferir à responsabilidade de quem dele, como locatário, faça uso. De outra parte, já na segunda hipótese, lembre-se a possibilidade de certo produtor industrial de determinado bem, em razão de qualquer circunstância de mercado, vendê-lo por preço idêntico ou inferior ao do seu custo, não transferindo aos seus compradores o valor do imposto sobre produtos industrializados e do imposto sobre a circulação de mercadorias que sobre ele incidirem. Anotadas tais ressalvas, a partir de um esquema de divisão da realidade econômica tributável aqui nos referindo exclusivamente aos impostos poderemos armar a seguinte classificação econômica, através da qual concluiremos a existência, nos impostos, das seguintes características : A - impostos externos : impostos sobre a importação impostos sobre a exportação B - impostos internos : impostos sobre o patrimônio e a renda impostos sobre a produção e a circulação onde : - os impostos sobre a importação, porque se incorporam ao preço dos produtos importados, afetam a renda, despendida pelos seus adquirentes; RS - os impostos sobre a exportação, incidindo sobre a remuneração dos exportadores, afetam a renda auferida em função da exportação; - os impostos sobre o patrimônio e a renda afetam a renda auferida (real ou potencialmente, no primeiro caso); - os impostos sobre a produção e a circulação afetam a renda despendida ou aplicada. Visto isso, poderemos considerar, subseqüentemente, os seguintes conceitos: A - tributos fixos: são aqueles que se cobram por quantia invariável em relação ao valor do objeto tributável; B - tributos proporcionais : são aqueles cuja quantia a pagar varia conforme um modelo de regra de três direta; há uma

RE 714139 / SC

relação matemática, uniforme e invariável, entre o tributo e o valor do objeto tributável; C - tributos graduados: são aqueles cuja quantia a pagar varia conforme uma relação matemática, crescente ou decrescente. Donde se extrapolam os conceitos de progressividade e regressividade : D - progressividade direta: a que implica carga tributária maior para rendimentos maiores; E - progressividades indireta a que implica maior carga tributária para os bens e serviços de consumo das faixas de maior renda; F - regressividade direta: a que implica menor carga tributária para rendimentos maiores; G - regressividade indireta: a que implica menor carga tributária para os bens e serviços de consumo das faixas de maior renda".

11. Essa não tão breve exposição, de há mais de trinta anos, presta-se a deixar claro que todos os impostos podem e devem guardar relação com a capacidade contributiva do sujeito passivo e não ser impossível aferir-se a capacidade contributiva do sujeito passivo do ITCD. Ao contrário, tratando-se de imposto direto, a sua incidência poderá expressar, em diversas circunstâncias, progressividade ou regressividade direta. Todos os impostos repito estão sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, especialmente os diretos, independentemente de sua classificação como de caráter real ou pessoal; isso é completamente irrelevante.

Portanto, a incidência do princípio da capacidade contributiva em todos os impostos impõe que na aplicação do critério da essencialidade sejam considerados outros fatores além daqueles atinentes à natureza do produto, ainda assim concretizadores da isonomia material e mesmo de outros valores constitucionais.

Está-se a priorizar, aqui, norma básica da hermenêutica constitucional, consubstanciada no princípio da unidade da Constituição. Conforme assentado em obra doutrinária, esse princípio "postula que não se considere uma norma da Constituição fora do sistema em que se

RE 714139 / SC

integra; dessa forma, evitam-se contradições entre as normas constitucionais. As soluções dos problemas constitucionais devem estar em consonância com as deliberações elementares do constituinte. Vale, aqui, o magistério de Eros Grau, que insiste em que ‘não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços’, acrescentando que ‘a interpretação do direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o que bastaria ao intérprete ser alfabetizado’ (Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 92).

Assim, não cabe aplicar o princípio da seletividade ao ICMS, com base no critério da essencialidade, mediante a exclusão do princípio da capacidade contributiva e de outros valores constitucionais igualmente relevantes.

A ressaltar essa óptica, Henry Tilbery aborda o tema da essencialidade a partir de perspectiva conglobante, admitindo que o critério da essencialidade é indissociável tanto da capacidade contributiva quanto de circunstâncias variáveis atinentes ao seu contexto de aplicação (“O conceito de ‘essencialidade’ como critério de tributação”. Direito Tributário Atual – Volume 10. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 2010. p. 3029-3031):

12.1. - A tributação deve reger-se pelo princípio da capacidade contributiva, para atender ao postulado da igualdade de sacrifícios, de acordo com a teoria do sacrifício equimarginal.

12.2. - O critério da capacidade contributiva – mesmo na ausência de regra programática na Constituição – está em pleno vigor em decorrência do princípio mais amplo da ISONOMIA.

12.3. - A técnica da tributação em conformidade com a capacidade contributiva focaliza nos impostos diretos o aspecto pessoal (subjetivo) da renda global, nos impostos indiretos o aspecto material (objetivo) da manifestação de riqueza pela despesa.

12.4. - Conseqüentemente a exoneração do essencial realiza-se, na tributação direta, pela isenção da renda mínima

RE 714139 / SC

indispensável à subsistência; na tributação indireta pela seletividade no I.P.I. E no I.C.M.S. em função da necessidade dos produtos.

12.5. - A respectiva regra constitucional programática, dirigida ao legislador, não é destituída de juridicidade, mas é regra constitucional de eficácia limitada.

12.6. - O conceito da “essencialidade” não deve ser interpretado estritamente para cobrir apenas as necessidades biológicas (alimentação, vestuário, moradia e tratamento médico), mas deve abranger também aquelas necessidades que sejam pressupostos de um padrão de vida mínimo decente, de acordo com o conceito vigente da maioria.

12.7. - Consequentemente, os fatores que entram na composição das necessidades essenciais, variam de acordo com o espaço (conforme países e regiões) e o tempo (grau de civilização e tecnologia).

12.8. - Pela perspectiva da Ciência das Finanças não prevalecem as concepções da filosofia pura sobre o “essencial”, mas a orientação político-econômica do governo; a sua orientação sobre o equilíbrio entre necessidades coletivas e bem-estar individual. O princípio: “a cada um conforme suas necessidades” não é um monopólio dos governos socialistas, mas é objetivo de todos governos de qualquer filosofia econômica e política, no mundo atual, que se caracteriza pela transformação das estruturas sócio-econômicas existentes.

12.9. - Em um país, que se encontra em fase avançadíssima de desenvolvimento, como é o caso do Brasil, a imposição seletiva sobre o consumo em função da essencialidade é um instrumento para frear o consumo de produtos indesejáveis ou menos necessários e liberar forças para investimentos mercedores de apoio. Ao mesmo tempo, constitui instrumentalidade para nivelar diferenças excessivas no consumo de diversas classes em diversificadas zonas e alcançar a meta da redistribuição de rendas e maior aproximação da Justiça Fiscal.

RE 714139 / SC

Nessa linha, convém salientar que a essencialidade consiste em conceito jurídico indeterminado. Embora seja possível dela extrair a premissa segundo a qual a alíquota deve variar conforme a natureza do produto, considerada sua indispensabilidade, resta amplo espaço de conformação ao legislador estadual, a quem foi delegada a possibilidade de diferenciar as alíquotas conforme as circunstâncias regionais.

E nesse espaço de relativa discricionariedade do ente tributante, há campo para, com o intuito de melhor delimitar o grau de essencialidade da mercadoria e alinhá-la à justiça fiscal, a incidência do princípio da capacidade contributiva e de outras normas de fundo constitucional, ou mesmo de fatores sócio-econômicos.

Nessa linha, mostram-se pertinentes as reflexões de Luís Eduardo Schoueri (Direito Tributário. 9ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 425-426):

Essencialidade não é, entretanto, conceito determinado. Surge no texto constitucional de forma aberta, podendo ser preenchido, a par das questões oriundas da justiça distributiva, igualmente por forças de ordem estrutural. Não parece impróprio, nesse sentido, entender “essencial” um equipamento que possa modernizar o parque industrial, motivando, daí, alíquota seletiva mais reduzida que outro equipamento poluente, cuja produção se deseje desestimular. Esta extensão do conceito de essencialidade também foi percebida por Ruy Barbosa Nogueira: “Quando a Constituição diz que esse imposto será seletivo e função da essencialidade dos produtos, está traçando uma regra para que esse tributo exerça não só função de arrecadação mas também de política fiscal, isto é, que as suas alíquotas sejam diferenciadas, de modo que os produtos de primeira necessidade não sejam tributados ou o sejam por alíquotas menores; “os produtos como máquinas e implementos necessários à produção, produtos de combate às pragas e endemias etc. também sofram menores incidências ou gozem de incentivos fiscais”; produtos de luxo ou suntuários, artigos de jogos ou vícios etc. Sejam mais

RE 714139 / SC

tributados. Este é o sentido da tributação de acordo com a essencialidade”.

Daí justificar que se reformule o conceito de “essencialidade”, que deve ter duas perspectivas: o ponto de vista individual dos contribuintes e as necessidades coletivas. Sob a última perspectivas, tal conceito deve ser entendido a partir dos objetivos e valores constitucionais: essencial será o bem que se aproxime da concretização daqueles. Assim, tanto será essencial o produto consumido pelas camadas menos favorecidas da população, dado o objetivo fundamental da República de “erradicar a pobreza e a marginalização” (artigo 3º, III, da Constituição Federal), como aquele que corresponda aos auspícios da Ordem Econômica, diante do objetivo de “garantir o desenvolvimento nacional” (artigo 3º, II).

Assim, a seletividade, na linha do mandamento constitucional, atrela-se à essencialidade do produto, sem por ela ser exaurida. A ideia básica é a de que o Fisco dispõe de discricionariedade para estabelecer cargas tributárias diferenciadas para as diferentes mercadorias, tendo em vista objetivos extrafiscais.

Esse campo de atuação dos entes subnacionais, como ocorre com qualquer espaço de exercício discricionário, não se desvincula da observância dos parâmetros constitucionais pertinentes. Noutros termos, as próprias normas constitucionais em tela restringem a ação dos Estados e impõe-lhes o dever de, na conformação do tributo, coligir e fundamentar em elementos da Constituição a diferenciação entre as alíquotas estabelecidas.

Desse aspecto da questão constitucional em tela depreende-se inclusive a possibilidade de controle judicial da opção do legislador: não cabe ao Poder Judiciário revisitar o exercício de conveniência e oportunidade, mas, sim, de verificar se o desenho do sistema tributário nacional delimitado pelo Constituinte foi implementado pelo legislador ordinário dentro da moldura correspondente.

Por conseguinte, no que concerne ao tema em debate neste processo, é forçoso reconhecer a possibilidade de os postulados da isonomia e da

RE 714139 / SC

capacidade contributiva sejam considerados, em conjunto com o critério da essencialidade, na atividade conformativa do princípio da seletividade.

É dizer, não se extrai da norma constitucional em jogo a impossibilidade de alíquotas de determinado produto essencial variarem conforme seu uso e destinação, desde que a opção do legislador, no caso concreto, efetivamente materialize princípios gerais do sistema tributário nacional, - como a capacidade contributiva e a isonomia - ou mesmo outros objetivos extrafiscais com assento constitucional.

Dessa forma, uma vez delimitados os parâmetros interpretativos da questão controvertida, passo ao exame da aplicação, pelo Estado de Santa Catarina, do princípio da seletividade ao ICMS relativo a energia elétrica e a serviços de telecomunicações.

II. ICMS e energia elétrica: o caso do Estado de Santa Catarina

O Estado de Santa Catarina fixou alíquotas diferenciadas relativamente ao ICMS incidente sobre energia elétrica. A alíquota geral perfaz 17%. Para o consumo domiciliar de energia elétrica (até 150kW), bem como para a energia elétrica destinada ao produtor rural e cooperativas rurais redistribuidoras (observado o limite de 500kW), incide a alíquota de 12%. No tocante às demais situações de consumo de energia elétrica, aplica-se alíquota de 25%.

Ao analisar essa sistemática, o Tribunal de origem assim analisou os fundamentos e repercussões da opção do legislador:

(...)

No caso dos autos, o impetrante objetiva reduzir a alíquota de ICMS sobre o consumo de energia elétrica e serviços de comunicação e telefonia, de 25% (vinte e cinco por cento) para 17% (dezessete por cento), sob o argumento de que, por se tratar de um serviço essencial, deve ser fixada neste patamar, respeitando assim o princípio da seletividade (art. 155 § 2º, III, da CRFB).

RE 714139 / SC

Sobre o tema, a CRFB assim dispõe:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços; (grifei).

E, por sua vez, a Constituição do Estado de Santa Catarina repisou o comando, veja-se:

Art. 131. O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação atenderá ao seguinte:

[...]

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;

Já a Lei Estadual n. 10.297/1996 fixou as alíquotas do ICMS da seguinte maneira:

Art. 19. As alíquotas do imposto, nas operações e

RE 714139 / SC

prestações internas e interestaduais, inclusive na entrada de mercadoria importada e nos casos de serviços iniciados ou prestados no exterior, são:

I - 17% (dezesete por cento), salvo quanto às mercadorias e serviços relacionados nos incisos II e III;

II - 25% (vinte e cinco por cento) nos seguintes casos:

a) operações com energia elétrica;

b) operações com os produtos supérfluos relacionados na Seção I do Anexo Único desta Lei;

c) prestações de serviços de comunicação;

d) operações com gasolina automotiva e álcool carburante;

III - 12% (doze por cento) nos seguintes casos:

a) operações com energia elétrica de consumo domiciliar, até os primeiros 150 Kw (cento e cinquenta quilowatts);

b) operações com energia elétrica destinada a produtor rural e cooperativas rurais redistribuidoras, na parte que não exceder a 500 Kw (quinhentos quilowatts) mensais por produtor rural; (grifei)

Da leitura do art. 155, § 2º, III, da CRFB, é possível concluir que, relativamente ao ICMS, os Estados estão autorizados a adotar, em seu território, o princípio da seletividade em função da essencialidade. Trata-se, portanto, de uma faculdade e não de uma imperatividade.

No âmbito catarinense, essa faculdade foi exercida, pois, como visto, foram adotadas alíquotas diferenciadas para a incidência do ICMS, estabelecendo-se o índice de 17% (dezesete por cento) como alíquota geral, o de 25% (vinte e cinco por cento) como alíquota máxima e o de 12% (doze por cento) como alíquota mínima.

No que tange à energia elétrica, fixou-se que a regra geral é a de que o imposto seja cobrado à razão de vinte e cinco por cento. As exceções, portanto, estão elencadas no inciso III do art. 19 da LE 10.297/1996, alíneas a e b.

Não há dúvida quanto à indispensabilidade da energia

RE 714139 / SC

elétrica para a sociedade atual, tanto no âmbito domiciliar como no comercial e no industrial. E, é justamente por se tratar de um item de primeira necessidade, que o Estado precisa criar mecanismos para evitar cortes no seu fornecimento.

É o que ocorreu no caso do ICMS relativo aos serviços citados pelo demandante, uma vez que o intuito do legislador catarinense foi desestimular o consumo justamente nos setores onde este é mais elevado, bem como evitar o desperdício e, conseqüentemente, as interrupções na distribuição.

Neste sentido, esta Quarta Câmara já decidiu:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - ICMS - OPERAÇÕES COM ENERGIA ELÉTRICA - ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS - ESSENCIALIDADE DA MERCADORIA - INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA MÁXIMA - PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE - VIOLAÇÃO INEXISTENTE.

Não obstante sustente, grande parte da doutrina, a inconstitucionalidade de leis estaduais que estabelecem alíquotas máximas (até 25%) para o ICMS incidente sobre operações com energia elétrica, sob o fundamento de que se trata de uma mercadoria tão essencial quanto qualquer outra de primeira necessidade, a incidência de alíquota mais elevada sobre as operações com energia elétrica não viola o princípio constitucional da seletividade fundado na essencialidade da mercadoria (art. 155, § 2º, inciso III, da CF/88), sobretudo porque não tem apenas o objetivo de abastecer os cofres públicos com os recursos financeiros necessários à manutenção das atividades estatais (fiscalidade), mas também o de evitar o consumo abusivo e o desperdício que, se não for controlado pelo Poder Público, poderá levar ao racionamento forçado da energia elétrica, comprometendo, indubitavelmente, o crescimento do País e, via de consequência, toda a sociedade brasileira.

Do corpo do acórdão mencionado, extraem-se os seguintes ensinamentos, os quais trago para integrar este voto:

Não obstante, a utilização de alíquota mais elevada

RE 714139 / SC

sobre as operações com energia elétrica não viola o princípio constitucional da seletividade fundado na essencialidade da mercadoria, sobretudo porque ela não tem apenas o objetivo de abastecer os cofres públicos com os recursos financeiros necessários à manutenção das atividades estatais (fiscalidade), mas principalmente o de evitar o consumo desnecessário e o desperdício que, se não for impedido, ou ao menos controlado, poderá levar ao racionamento forçado, como aquele ocorrido no ano de 2001 (extrafiscalidade), prejudicando todas as classes de consumidores.

[...]

Não é demasiado lembrar que para o consumo domiciliar de energia elétrica, até os primeiros 150 Kw, a legislação estadual prevê que o ICMS será calculado com base na alíquota de 12%, e também será de 12% para a energia elétrica destinada ao produtor rural e cooperativas rurais redistribuidoras naquilo que não ultrapassar os 500 Kw mensais por produtor rural, circunstância que atende aos princípios da seletividade (art. 155, § 2º, inciso III, da CF/88), da capacidade contributiva ou da capacidade econômica (art. 145, § 1º, da CF/88) e da própria igualdade genérica ou tributária (arts. 5º, "caput" e inciso I, e 150, inciso II, da Carta Magna).

[...]

Ora, a Lei Estadual n. 10.297/1996 que, nos seus arts. 19 e 20, tratou das alíquotas do ICMS, não atenta contra o princípio da isonomia, seja geral ou tributária (arts. 5º, "caput", e 150, inciso II, da CF/88), uma vez que a redução da alíquota de 25% para 12%, no caso do consumo domiciliar até 150 Kw, e do produtor rural e cooperativas redistribuidoras até o consumo de 500 Kw mensais por produtor, leva em conta, evidentemente, a menor capacidade econômica deles, em relação aos demais, de modo a tratar desigualmente os desiguais.

Ultrapassado aquele limite, haverá incidência da

RE 714139 / SC

alíquota de 25% tanto para o consumidor domiciliar quanto para o produtor rural. O princípio da igualdade geral ou tributária não foi violado pela legislação tributária estadual, haja vista que na alíquota de 25% estão inseridos os consumidores comerciais, industriais e os prestadores de serviços, dispensando-se a todos esses iguais, portanto, idêntico tratamento. Os desiguais, em relação ao comerciante, ao industrial e ao prestador de serviços, são os consumidores domiciliares, os produtores rurais e as cooperativas redistribuidoras que, entre eles, recebem tratamento igualitário.

Logo, não há ofensa ao princípio da igualdade/isonomia porquanto a Lei Estadual n. 10.297/1996, no dizer de SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO (Curso de Direito Tributário Brasileiro. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 273), discriminou "adequadamente os desiguais, na medida de suas desigualdades"; e "não discriminou entre os iguais", uma vez que foram tratados igualmente.

4. Alega o apelante que, em se tratando de imposto indireto, o legislador não poderia eleger a capacidade contributiva, a qualidade do consumidor e nem a quantidade do consumo como critérios da seletividade das alíquotas do ICMS.

Todavia, mais uma vez razão não lhe assiste.

Ora, o simples fato de se fixar alíquotas seletivas, graduando-as de acordo com a essencialidade do produto ou do serviço, torna evidente que determinados produtos e serviços somente serão adquiridos e/ou utilizados por quem tenha uma maior capacidade econômica e/ou contributiva, de sorte que, ainda que o legislador não a adote explicitamente como critério da seletividade das alíquotas, o poder econômico e/ou a capacidade contributiva do contribuinte está intimamente vinculada ao consumo dessa ou daquela mercadoria, ou à aquisição desse ou daquele serviço, vale dizer, os produtos e serviços, regra geral, não deixam de ser

RE 714139 / SC

adquiridos em razão da alíquota do imposto que incide sobre eles, mas sim em virtude do poder aquisitivo do consumidor.

Não se vislumbra qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade relativamente à redução da alíquota de 25% para 12% no tocante ao consumo domiciliar até 150Kw; e para a energia elétrica destinada ao produtor rural e cooperativas rurais redistribuidoras até o limite de 500 Kw mensais por produtor rural, sobretudo porque, como já enfatizado, não há ofensa aos princípios constitucionais da seletividade em razão da essencialidade da mercadoria, da isonomia geral ou tributária, da razoabilidade e da proporcionalidade.

(...)

O legislador estadual, ao estipular as alíquotas diferenciadas de energia elétrica, não desconsiderou o critério da essencialidade, mas, sim, a ele agregou elementos que a um só tempo concretizam a capacidade contributiva e estimulam o uso racional da energia elétrica.

Quanto à capacidade contributiva, verifica-se que se resguardou o consumidor residencial e o pequeno produtor rural, em detrimento de atividades econômicas de maior porte. Com isso, foi estabelecida relação entre o volume de energia elétrica consumido, considerada a sua destinação, e a capacidade econômica do contribuinte.

Trata-se de parâmetro objetivo que efetivamente espelha a capacidade contributiva e restringe a regressividade do sistema, objetivo declarado da norma constitucional que prevê a aplicação do princípio da seletividade ao ICMS.

A propósito, o critério do consumo de energia elétrica como elemento aferidor da capacidade contributiva já foi inclusive chancelado pelo Plenário no julgamento do recurso extraordinário 573.675, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 22/05/2009. O acórdão foi assim ementado:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RE INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. CONTRIBUIÇÃO

RE 714139 / SC

PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - COSIP. ART. 149-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR 7/2002, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ, SANTA CATARINA. COBRANÇA REALIZADA NA FATURA DE ENERGIA ELÉTRICA. UNIVERSO DE CONTRIBUINTES QUE NÃO COINCIDE COM O DE BENEFICIÁRIOS DO SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO QUE LEVA EM CONSIDERAÇÃO O CUSTO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA E O CONSUMO DE ENERGIA. PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA QUE EXPRESSA O RATEIO DAS DESPESAS INCORRIDAS PELO MUNICÍPIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INOCORRÊNCIA. EXAÇÃO QUE RESPEITA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. I - Lei que restringe os contribuintes da COSIP aos consumidores de energia elétrica do município não ofende o princípio da isonomia, ante a impossibilidade de se identificar e tributar todos os beneficiários do serviço de iluminação pública. II - A progressividade da alíquota, que resulta do rateio do custo da iluminação pública entre os consumidores de energia elétrica, não afronta o princípio da capacidade contributiva. III - Tributo de caráter sui generis, que não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte. IV - Exação que, ademais, se amolda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. V - Recurso extraordinário conhecido e improvido.

Lado outro, a alíquota reduzida incide de acordo com limitador de consumo, de modo a premiar os consumidores que utilizam de forma moderada bem escasso. Há, portanto, inequívoco e legítimo objetivo extrafiscal: o estímulo a comportamentos conscientes no que concerne ao consumo de energia elétrica.

Assim, é forçoso reconhecer que a norma estadual não contraria o artigo 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal, aplicando de forma

RE 714139 / SC

adequada e fundamentada o princípio da seletividade ao ICMS incidente sobre energia elétrica.

III. ICMS e comunicações: o caso do Estado de Santa Catarina

O mesmo não ocorre com o imposto incidente sobre comunicações. O Estado de Santa Catarina previu alíquota majorada para esses serviços – 25% -, sem implementar qualquer gradação ou fundamentar a opção legislativa em outras normas constitucionais.

Ou seja, o ente federativo, ao aplicar o princípio da seletividade, não diferenciou as alíquotas a partir do critério da essencialidade, tampouco fundamentou sua escolha em normas constitucionais. Limitou-se a desconsiderar o mandamento constitucional e os valores fundantes do sistema tributário nacional.

Em verdade, a majoração das alíquotas do ICMS relativas aos serviços de comunicações, no Estado de Santa Catarina, revestem-se unicamente de finalidade arrecadatória, contribuindo para a regressividade do sistema que se buscou combater com o estabelecimento da possibilidade de aplicação do princípio da seletividade ao referido imposto.

Com efeito, é fato notório que os serviços de telecomunicações passaram a integrar a cesta básica de mercadorias e serviços essenciais aos cidadãos, constituindo mecanismo de inclusão social, ativação profissional e integração ao debate público.

Não é exagero afirmar que a dificuldade de acesso a determinados serviços de telecomunicações é causa e característica inequívoca do atraso e das desigualdade sociais que grassam grande parte da sociedade brasileira.

Nesse viés, é oportuno trazer à baila o conteúdo do Informe nº 77/2021/CPAE/SCP, remetido ao meu Gabinete pela Agência Nacional de Telecomunicações:

4.2. Conforme dados de maio de 2021, o setor de telecomunicações representa mais de 322 milhões de contratos

RE 714139 / SC

distribuídos entre telefonia e banda larga móvel (Serviço Móvel Pessoal - SMP, com 241 milhões de acessos), telefonia fixa (Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, com 30 milhões de acessos), banda larga fixa (Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, com 37 milhões de acessos) e TV por assinatura (Serviço de Acesso Condicionado - SeAC, com 14 milhões de acessos).

4.3. Em estudo elaborado pela Anatel chamado "*Relatório de nível de carga tributária e custo de cestas de serviços*", disponível em [https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?](https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?NMLZh5iV6nbOCmPPhjssYO7ecW3la5ZtxFzuL_reIqZ8L3mCXpDwpWj43Y64iTm1DEA9jNIPIyHBKZq354jBP89M01uIBL-xyGys_DnlLBVTQqJi9Nuq_7e_sBm8Vlrg)

[NMLZh5iV6nbOCmPPhjssYO7ecW3la5ZtxFzuL_reIqZ8L3mCXpDwpWj43Y64iTm1DEA9jNIPIyHBKZq354jBP89M01uIBL-xyGys_DnlLBVTQqJi9Nuq_7e_sBm8Vlrg](https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?NMLZh5iV6nbOCmPPhjssYO7ecW3la5ZtxFzuL_reIqZ8L3mCXpDwpWj43Y64iTm1DEA9jNIPIyHBKZq354jBP89M01uIBL-xyGys_DnlLBVTQqJi9Nuq_7e_sBm8Vlrg) e anexo a este documento (SEI nº 7192122), aponta que atualmente o Brasil é o 6º (sexto) maior mercado em telefonia móvel no mundo e o 5º (quinto) maior mercado nacional em banda larga fixa.

4.4. Porém, por outro lado, este mesmo Relatório apresenta que o Brasil possui uma alta carga tributária relativa no setor de telecomunicações, em comparação com os demais países. A título de comparação, a carga tributária para o setor no ano de 2019 foi na ordem de 40,2%, umas das maiores do mundo segundo o ranking da União Internacional de Telecomunicações (UIT), sendo que estes percentuais estão muito acima da média de carga tributária dos países da América Latina, por exemplo, cujo valor médio está na faixa de 18%.

4.5. Essa elevada carga tributária tem impactos diretos sobre a eficiência e desempenho do setor de telecomunicações brasileiro. Entende-se que a racionalização das taxas e contribuições incidentes sobre o setor, para patamares equivalentes à média global, e a simplificação dos mecanismos de incidência dos impostos podem incentivar investimentos produtivos das operadoras, na qualidade das redes e potencialmente resultar em preços mais módicos para o consumidor.

4.6. O cenário atual do mercado de telecomunicações,

RE 714139 / SC

tanto em nível global quanto em nível nacional, tem nos mostrado que há uma enorme demanda por conectividade por parte do público em geral, ou seja, uma demanda cada vez maior pelo uso de rede de dados.

(...)

4.8. Essa demanda crescente por tráfego de dados é uma realidade no setor de telecomunicações, especificamente no mercado de telefonia móvel. Esse crescimento no tráfego de dados gera a necessidade de ampliação da cobertura móvel para suportar esse tráfego crescente. E no caso, a ampliação desta cobertura somente poderá ocorrer por meio do aumento no número de ERBs (Estações Rádio Bases) e da rede de telecomunicações que as suporte, ou seja, pela ampliação da atual infraestrutura de telecomunicações existente.

4.9. O desafio se torna maior ainda com a proximidade do Edital de Licitação das faixas de radio frequências para a implementação da tecnologia de quinta geração (5G) no Brasil, que em razão de ser uma tecnologia disruptiva na sua essência, demandará investimentos cada vez maiores para atualização e instalação de redes de telecomunicações. Porém, a questão envolvendo a ampliação da infraestrutura esbarra em um ponto crucial, no caso os altos investimentos necessários para a sua consecução, sendo que a falta de investimentos pode inibir o crescimento da indústria e os benefícios socioeconômicos que o maior uso de serviços de telecomunicações móveis pode trazer.

4.10. Neste ponto é que uma alteração na ordem tributária atualmente vigente no país poderá alavancar projetos de infraestrutura, principalmente no setor de telecomunicações, de forma a ampliar os níveis de investimentos, uma vez que o esse setor se defronta com um sistema tributário complexo e altíssima carga tributária.

4.11. Existem alguns estudos que apontam o quanto uma carga tributária elevada pode ser um fator inibidor para o desenvolvimento do setor de telecomunicações, uma vez que acaba se tornando um empecilho para atração de maiores investimentos, além de contribuir para a elevação dos preços

RE 714139 / SC

finals do serviço junto aos consumidores.

(...)

4.22. Destaca a OCDE que a alta carga do ICMS aliada a sua complexidade, uma vez que o respectivo tributo integra a sua própria base de cálculo (cálculo do imposto “por dentro”) acaba por afetar o custo dos serviços de comunicações e resulta em barreiras de entrada mais altas para algumas operadoras, o que pode afetar os recursos administrativos necessários tanto para as empresas e autoridades fiscais como para a estruturado mercado, interferindo, por exemplo, na entrada no mercado, na continuação dos negócios e no crescimento de operadoras de pequeno porte e, por conseguinte, prejudicar a competição no setor. Outro fator de impacta diretamente é o fato de alguns estados brasileiros mais pobres possuírem altas alíquotas de ICMS em desproporção com a renda mais baixa da população, podendo-se constituir em uma barreira significativa aos segmentos mais pobres da população, fazendo com que estes não consigam conectar-se à Internet e a participar da economia digital.

(...)

4.30. Além disto, alta carga tributária acaba também por frear a demanda pelos serviços de telecomunicações por parte dos consumidores, uma vez que altos preços podem ser uma barreira significativa à adoção destes serviços, sendo que os preços de serviços de comunicações dependem, em grande parte, das condições competitivas do mercado em cada país, ainda mais que neste setor os custos fixos são extremamente altos. Neste sentido, além do nível de competição, o alto nível de tributos no setor, tal como o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), também influencia a acessibilidade dos preços de serviços de telecomunicações no Brasil, o qual tem um peso considerável no preço de varejo de serviços de comunicações no país.

4.31. Os serviços de telecomunicações são fundamentais para o crescimento e o desenvolvimento econômico, com reflexos diretos no desempenho da produtividade industrial, na

RE 714139 / SC

inclusão social e bem-estar da população, além de gerar uma contribuição valiosa ao PIB brasileiro. Esse caráter essencial também é refletido na conectividade, visto que atualmente o Brasil possui em torno de 332 milhões de acessos nos mais variados serviços de telecomunicações, expressando a sua importância em nossa sociedade. Desta maneira, as altas cargas tributária aplicadas também acabam por prejudicar essa essencialidade junto aos serviços de telecomunicações, dificultando o desenvolvimento contínuo do setor, com restrições na expansão dos níveis de investimentos em infraestrutura, bem como interferindo diretamente sobre os preços finais aos consumidores, prejudicando de certa forma a ampliação de acessos e a inclusão digital.

Como se vê, a alta carga tributária que alcança os serviços de telecomunicações, da qual o ICMS é responsável por parcela significativa, apresenta consequências nefastas, considerada a essencialidade dos serviços.

Nesse contexto, mostra-se inconstitucional normatização estadual que majora a alíquota de serviço essencial, desconsiderando integralmente a natureza indispensável do serviço e a teleologia do parâmetro constitucional.

Observe-se, a propósito, que o Estado de Santa Catarina não criou, como fez com a energia elétrica, regramento que reconhece a essencialidade do serviço e compõe esse aspecto com outras normas constitucionais. A finalidade meramente arrecadatória embutida na legislação local não se coaduna com a aplicação do princípio da seletividade delineada pelo artigo 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal.

Portanto, é imperiosa, quanto a esse ponto, a reforma do acórdão recorrido, para afastar a alíquota majorada estabelecida para serviços de telecomunicações, remetendo a incidência do imposto à alíquota aplicável às mercadorias e serviços em geral (art. 19, inciso I, da Lei 10.297/1996).

IV. Conclusão

RE 714139 / SC

Ante o exposto, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes e dou parcial provimento ao recurso extraordinário, apenas para afastar a alíquota de 25% incidente sobre os serviços de comunicação, aplicando-se a alíquota do ICMS prevista pelo Estado de Santa Catarina para as mercadorias e serviços em geral (art. 19, inciso I, da Lei 10.297/1996).

V. Da modulação dos efeitos

Vencido no mérito, passo a examinar a proposta de modulação dos efeitos da decisão do Plenário, apresentada pelo Ministro Dias Toffoli nos seguintes termos:

Ante o exposto, acompanhando o Relator, Ministro Marco Aurélio, voto pelo parcial provimento do recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual nº 10.297/1996. Acompanho Sua Excelência também quanto à tese de repercussão geral proposta. **Proponho a modulação dos efeitos da decisão, estipulando que ela produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro, ressalvando as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito.**

Tal como o eminente Min. Relator, entendo que razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social justificam a modulação dos efeitos da decisão do Plenário, nos termos do artigo 27 da Lei 9.868/1999.

Com efeito, o julgamento deste recurso extraordinário desdobrou-se em cenário fático condicionado por duas balizas inequívocas: (i) a atual sistemática do ICMS, considerado o princípio da seletividade, perdurou por longo período, sem resposta definitiva do Poder Judiciário; e (ii) a

RE 714139 / SC

alteração dessa sistemática repercutiria de forma abrangente e significativa sobre a programação orçamentária dos Estados.

Em petição acostada aos autos no eDOC 460, os Estados de Santa Catarina, Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, São Paulo, Sergipe e Tocantis, apresentaram o seguinte quadro de decréscimo abrupto de receitas:

Em informações igualmente disponibilizadas nos autos, conforme dados fornecidos pela Secretaria de Estado da Fazenda, para o Estado de Santa Catarina, Recorrido, a redução da alíquota de 25% para 17% diminuirá 32% da arrecadação atual do setor, o que equivale a R\$ 96,6 milhões por mês ou superior a R\$ 1 BILHÃO anual.

No Estado do Rio de Janeiro o impacto do valor da perda de arrecadação, projetado com dados dos 10 meses de 2021, é superior a R\$ 2 BILHÕES, ou R\$ mais de R\$ 200 milhões mensais.

No Estado de Goiás os dados são, de igual modo, impactantes, alcançando mais de R\$ 1,8 BILHÃO, “que corresponde uma redução de 10,80% na arrecadação total de ICMS do Estado de Goiás do ano de 2019”, conforme documentos anexos: (...)

Note-se, ilustrativamente, que a composição das receitas de impostos é utilizada para a definição de aplicação de despesas, muitas obrigatórias constitucionalmente, em áreas sensíveis à Federação brasileira, como saúde e educação.

Dessarte, como assente, nos termos dos arts. 198, § 2º, II e 212, caput, se impõe que as despesas com saúde e educação sejam aplicadas de acordo com a receita dos impostos estaduais, respectivamente, 12% e 25%. O pagamento de débitos de precatórios, de igual modo, tem seus valores definidos de acordo com o comportamento da receita, a teor do art. 101, caput.

RE 714139 / SC

Em outras palavras, somente tomando em consideração os dados descritos na tabela a cima, elaborada pelo COMSEFAZ, que demonstra a perda anual de R\$ 26 bilhões para os Estados, se pode afirmar, com certo grau de certeza, que a prestação dos serviços públicos de saúde e educação serão extremamente afetados e prejudicados, COM UMA PERDA PARA A SAÚDE, EM ÂMBITO NACIONAL, SUPERIOR A R\$ 3 BILHÕES E, PARA EDUCAÇÃO, DE MAIS DE R\$ 6 BILHÕES. Não há, deveras, política pública que se sustente em tal cenário de franca e expressiva perda de arrecadação.

Tal reflexão, que se traz à guisa de contribuição e cooperação para o debate jurisdicional, é que se impõe fazer em questão de notória repercussão no federalismo fiscal – tributário nacional.

A alteração na tributação em um Estado Federal, com as vicissitudes e complexidades inerentes a tal forma de Estado, repercute diretamente no modo de administrar e de prestar, principalmente, os serviços públicos que a população brasileira é notoriamente carente, principalmente em tempos contemporâneos de crise sanitária e dos efeitos dela decorrentes, em todos os sentidos.

Para além do vasto acervo documental colacionado durante a tramitação do processo, que evidenciou o papel relevante desempenhado pelo ICMS sobre energia elétrica e telecomunicações nas finanças públicas, o Fórum dos Governadores também indicou ao Supremo Tribunal Federal, em reunião presidida pelo eminente Min. Relator, os impactos da compreensão adotada pela Corte no julgamento deste recurso na arrecadação financeira dos Estados¹.

Há inegável interesse social na adoção de solução temporal que contemple a realização de transição orçamentária pelos gestores estaduais, assegurando que as políticas públicas e especialmente o enfrentamento da pandemia de Covid-19 não restem prejudicados.

Nesse contexto, pondero que, diante da iminência da execução da

1 <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=477591&ori=1>

RE 714139 / SC

Lei Orçamentária relativa a 2022 – parâmetro proposto pelo eminente Min. Relator -, o próximo plano plurianual (2024-2027) mostra-se como horizonte mais alargado e consentâneo com a necessidade de acomodar no planejamento financeiro dos Estados o impacto da perda de arrecadação do ICMS incidente sobre energia elétrica e telecomunicações.

Com isso, as expectativas de receitas podem ser recalibradas e adequadamente redimensionadas nas despesas de capital assumidas e na formulação das políticas públicas, sem alcançar e prejudicar a execução dos programas em andamento.

Colaciono, a propósito, as reflexões propostas a este Tribunal pelo Comitê Nacional dos Secretários de Fazenda, Finanças, Receita e Tributação dos Estados e Distrito Federal (eDOC 461):

Defendemos que a modulação dos efeitos da decisão alinhe-se ao prazo de vigência dos Planos Plurianuais (PPAs) de todos os entes subnacionais aqui impactados. E isso porque o PPA é o instrumento fundamental de planejamento de médio prazo, pensado para um período de quatro anos, onde são estimadas as metas e programas a serem cumpridos neste período.

Trata-se de legítimo instrumento de Estado, e não meramente de Governo, dado que sempre se inicia no último ano de mandato governamental, possuindo vigência por mais três anos no mandato seguinte.

E o PPA leva em consideração, em sua formulação, a previsão de receita para o período de quatro anos, sendo o instrumento que primeiro corporifica a ideia de promoção de serviços públicos que impactem a vida de toda a população, pois lá estão contidas metas superiores para expansão da educação e da saúde públicas (novas escolas, novos hospitais, por exemplo), bem como da segurança pública, proteção social, cultura, além dos Poderes Legislativos e Judiciários estaduais, Ministérios Públicos e Defensorias Públicas, e todas as demais atuações absolutamente indispensáveis para o bem viver em nosso país.

RE 714139 / SC

Só para ter uma dimensão do impacto financeiro, a redução das alíquotas em decorrência da decisão significará uma perda de R\$ 27 bilhões por ano para os entes.

Em assim sendo, indiscutivelmente, a decisão desta Egrégia Corte terá impacto manifesto e expressivo nas finanças públicas, pois reduzirá a possibilidade de tributação na energia elétrica e nas comunicações que representam os setores que mais trazem arrecadação aos entes, juntamente com os combustíveis. Dessa forma, caso não seja possível a modulação, todos os PPAs aprovados em 2020, com vigência a partir deste ano, e válidos até 2024, restarão inviabilizados em suas diretrizes, objetivos e metas.

Não se pode olvidar, evidentemente, que as leis de diretrizes orçamentárias e as leis orçamentárias atualmente vigentes e aquelas já aprovadas para 2022 restarão ainda mais prejudicadas, dado o seu caráter iminente.

É salutar pontuar que os entes subnacionais ainda padecem dos efeitos da pandemia que, em face do desaquecimento da economia, afetaram negativamente as receitas arrecadadas. Com isso, as contas públicas, que para muitos entes federados já se mostravam em desequilíbrio, sofreram uma deterioração sem precedentes, o que compromete completamente a qualidade dos serviços prestados à população.

Destarte, na eventualidade da inexistência de modulação dos efeitos da decisão supramencionada alinhada ao PPA, ocorrerão severos efeitos deletérios não apenas sobre a necessária previsibilidade da receita pública, mas também sobre a provisão dos serviços públicos essenciais à sociedade.

Com efeito, para além de se constituir em elemento imperioso no conjunto do processo orçamentário, configurando-se, portanto, num dos pilares essenciais para atendimento aos preceitos legais afetos à responsabilidade fiscal, a previsibilidade da receita afigura-se indispensável, uma vez que os entes subnacionais encontram-se em meio à execução dos seus respectivos planos plurianuais, cujas metas e

RE 714139 / SC

diretrizes foram elaboradas com base na realidade econômica e tributária anterior à prolação da decisão e que, portanto, não levaram em conta os seus efeitos.

Cabe assinalar ainda que a decisão em tela vem se somar a uma série de outros eventos recentes que impactaram enormemente as finanças dos entes subnacionais, de que são exemplos a ADO 25, as decisões afetas ao TUST/TUSD, o fim da definitividade da base de cálculo da ST, a questão das transferências entre estabelecimentos do mesmo titular (ADC 49), a instituição do piso da enfermagem (Lei nº. 2.564/20), dentre outros.

Nesta perspectiva, com a frustração considerável da receita estimada e o alto grau de engessamento em relação às despesas, para os entes que já se encontravam em situação difícil, lograr o equilíbrio será tarefa quase inexecutável.

Ainda em decorrência do que se expõe, a redução da receita impactará no cálculo da Capacidade de Pagamento (CAPAG) dos entes subnacionais, o que impedirá que grande parte deles recorra a novos empréstimos com garantia da União, o que, conseqüentemente, reduzirá a capacidade de investimento em projetos em prol da sociedade.

Por fim, o impacto é catastrófico não só para os Estados e Distrito Federal, mas também para os Municípios, que recebem sua quota-parte do ICMS arrecadado, ressaltando-se que, para alguns deles, a receita daí decorrente é, senão a única, a mais representativa fonte de financiamento das políticas públicas.

Assim, seja sob o ângulo da segurança jurídica plasmada na formação do planejamento fiscal dos Estados a partir de expectativa legítima de arrecadação a título de ICMS, seja a partir do interesse social materializado nas prestações estatais dependentes dos recursos estimados na sistemática tributária então vigente, é imperiosa a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com a incidência do entendimento do Plenário a partir do Plano Plurianual 2024-2027.

Convém salientar que a jurisprudência desta Corte já considerou em situações análogas, para fins de modulação dos efeitos do

RE 714139 / SC

pronunciamento, o impacto fiscal e social decorrente de decisões que delimitam e moldam o sistema tributário nacional. Senão vejamos:

Embargos de declaração no recurso extraordinário. Direito Tributário. Repercussão Geral. Tema nº 379. ICMS e ISS. Operações mistas realizadas por farmácias de manipulação. Pedidos de modulação dos efeitos do acórdão embargado. Acolhimento. 1. A Corte fixou, no acórdão embargado, a tese de que “[i]ncide ISS sobre as operações de venda de medicamentos preparados por farmácias de manipulação sob encomenda. Incide ICMS sobre as operações de venda de medicamentos por elas ofertados aos consumidores em prateleira”. 2. A ausência de modulação dos efeitos da decisão ensejaria impactos financeiros indesejados em desfavor dos contribuintes, bem como dos estados e dos municípios, entes políticos cujas finanças já estão combalidas, e resultaria em grande insegurança jurídica, indo de encontro à boa-fé dos contribuintes que recolheram um tributo acreditando ser o correto. 3. Embargos de declaração acolhidos, modulando-se os efeitos da decisão embargada, bem como se estabelecendo que ela produza efeitos ex nunc a partir do dia da publicação da ata de julgamento do mérito, de modo a se convalidarem os recolhimentos de ICMS e de ISS efetuados em desacordo com a tese de repercussão geral, ficando ressalvados: (i) as hipóteses de comprovada bitributação; (ii) as hipóteses em que o contribuinte não recolheu o ICMS ou o ISS devidos até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito; (iii) os créditos tributários atinentes à controvérsia e que foram objeto de processo administrativo, concluído ou não, até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito; (iv) as ações judiciais atinentes à controvérsia e pendentes de conclusão até a véspera da publicação da ata de julgamento do mérito. Em todos esses casos, deverão ser observados o entendimento desta Corte, bem como o prazo decadencial e o prescricional.

(RE 605552 ED-segundos, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2021, PROCESSO

RE 714139 / SC

ELETRÔNICO DJe-068 DIVULG 09-04-2021 PUBLIC 12-04-2021)

I. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL QUE INSTITUI BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO INTERESTADUAL PRÉVIO. OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, g, DA CF/88. II. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS. 1. A instituição de benefícios fiscais relativos ao ICMS só pode ser realizada com base em convênio interestadual, na forma do art. 155, §2º, XII, g, da CF/88 e da Lei Complementar nº 24/75. 2. De acordo com a jurisprudência do STF, o mero diferimento do pagamento de débitos relativos ao ICMS, sem a concessão de qualquer redução do valor devido, não configura benefício fiscal, de modo que pode ser estabelecido sem convênio prévio. 3. A modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade decorre da ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, uma vez que a norma vigorou por oito anos sem que fosse suspensa pelo STF. A supremacia da Constituição é um pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade, sendo insuscetível de ponderação por impossibilidade lógica. 4. Procedência parcial do pedido. Modulação para que a decisão produza efeitos a contar da data da sessão de julgamento.

(ADI 4481, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 18-05-2015 PUBLIC 19-05-2015)

Ação direta de inconstitucionalidade. Legitimidade ativa da associação autora. Emenda Constitucional nº 87/15. ICMS. Operações e prestações em que haja destinação de bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em estado distinto daquele do remetente. Inovação constitucional. Matéria reservada a lei complementar. (art. 146, I e III, a e b; e art. 155, § 2º, XII, a, b, c, d e i, da CF/88). Cláusulas

RE 714139 / SC

primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS nº 93/2015. Inconstitucionalidade. Tratamento tributário diferenciado e favorecido destinado a microempresas e empresas de pequeno porte. Simples Nacional. Matéria reservada a lei complementar (art. 146, inciso III, d, e parágrafo único CF/88). Cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015. Inconstitucionalidade. Cautelar deferida na ADI nº 5.464/DF, ad referendum do Plenário. 1. A associação autora é formada por pessoas jurídicas ligadas ao varejo que atuam no comércio eletrônico e têm interesse comum identificável Dispõe, por isso, de legitimidade ativa ad causam para ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade (CF/88, art. 103, IX). 2. Cabe a lei complementar dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária e estabelecer normas gerais sobre os fatos geradores, as bases de cálculo, os contribuintes dos impostos discriminados na Constituição e a obrigação tributária (art. 146, I, e III, a e b). Também cabe a ela estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária sobre definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e as empresas de pequeno porte, podendo instituir regime único de arrecadação de impostos e contribuições. 3. Especificamente no que diz respeito ao ICMS, o texto constitucional consigna caber a lei complementar, entre outras competências, definir os contribuintes do imposto, dispor sobre substituição tributária, disciplinar o regime de compensação do imposto, fixar o local das operações, para fins de cobrança do imposto e de definição do estabelecimento responsável e fixar a base de cálculo do imposto (art. 155, § 2º, XII, a, b, c, d e i). 4. A EC nº 87/15 criou uma nova relação jurídico-tributária entre o remetente do bem ou serviço (contribuinte) e o estado de destino nas operações com bens e serviços destinados a consumidor final não contribuinte do ICMS. Houve, portanto, substancial alteração na sujeição ativa da obrigação tributária. O ICMS incidente nessas operações e prestações, que antes era devido totalmente ao estado de origem, passou a ser dividido entre dois sujeitos ativos, cabendo ao estado de origem o ICMS calculado com

RE 714139 / SC

base na alíquota interestadual e ao estado de destino, o diferencial entre a alíquota interestadual e sua alíquota interna.

5. Convênio interestadual não pode suprir a ausência de lei complementar dispoendo sobre obrigação tributária, contribuintes, bases de cálculo/alíquotas e créditos de ICMS nas operações ou prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto, como fizeram as cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS nº 93/2015.

6. A Constituição também dispõe caber a lei complementar – e não a convênio interestadual – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e as empresas de pequeno porte, o que inclui regimes especiais ou simplificados de certos tributos, como o ICMS (art. 146, III, d, da CF/88, incluído pela EC nº 42/03).

7. A LC nº 123/06, que instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e pelas Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional –, trata de maneira distinta as empresas optantes desse regime em relação ao tratamento constitucional geral atinente ao denominado diferencial de alíquotas de ICMS referente às operações de saída interestadual de bens ou de serviços a consumidor final não contribuinte. Esse imposto, nessa situação, integra o próprio regime especial e unificado de arrecadação instituído pelo citado diploma.

8. A cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, ao determinar a extensão da sistemática da Emenda Constitucional nº 87/15 aos optantes do Simples Nacional, adentra no campo material de incidência da LC nº 123/06, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento tributário diferenciado e favorecido a ser dispensado a microempresas e empresas de pequeno porte.

9. Existência de medida cautelar deferida na ADI nº 5.464/DF, ad referendum do Plenário, para suspender a eficácia da cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, editado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), até o julgamento final daquela ação.

10. Ação direta julgada procedente,

RE 714139 / SC

declarando-se a inconstitucionalidade formal das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS nº 93, de 17 de setembro de 2015, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), por invasão de campo próprio de lei complementar federal. 11. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio questionado, para que a decisão produza efeitos, quanto à cláusula nona, desde a data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF e, quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste presente julgamento** (2022), aplicando-se a mesma solução em relação às respectivas leis dos estados e do Distrito Federal, para as quais a decisão deverá produzir efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), exceto no que diz respeito às normas legais que versarem sobre a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, cujos efeitos deverão retroagir à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF. **Ficam ressalvadas da modulação as ações judiciais em curso.**

(ADI 5469, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-099 DIVULG 24-05-2021 PUBLIC 25-05-2021)

A par desse aspecto, mostra-se necessário, em homenagem ao postulado da segurança jurídica e ao marco temporal ora estabelecido, estabelecer o horizonte de aplicação da orientação do Tribunal aos litígios já formalizados por ocasião do julgamento deste recurso extraordinário.

Portanto, devem ser resguardadas da modulação dos efeitos, consoante precedentes acima colacionados, especialmente a ADI 5469, as ações judiciais ajuizadas até o início do julgamento do mérito do recurso extraordinário (05/02/2021).

Dessa forma, **com fundamento no art. 27 da Lei 9.868/1999, proponho que a declaração de inconstitucionalidade produza efeitos apenas a partir da vigência do Plano Plurianual 2024-2027, ressalvadas**

RE 714139 / SC

as ações ajuizadas até o início do julgamento do mérito deste recurso extraordinário (05/02/2021).

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 714.139

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S) : LOJAS AMERICANAS S.A.

ADV.(A/S) : GERSON STOCCO DE SIQUEIRA (75970/RJ)

ADV.(A/S) : ANETE MAIR MACIEL MEDEIROS (15787/DF, 92715/MG, 79926/PR, 158742/RJ, 374663/SP)

RECDO.(A/S) : ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ACRE

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE

INTDO.(A/S) : ESTADO DE ALAGOAS

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAPÁ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAZONAS

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS

INTDO.(A/S) : ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

INTDO.(A/S) : ESTADO DO CEARÁ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

INTDO.(A/S) : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO MARANHÃO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARÁ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DA PARAÍBA

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO. (A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO. (A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO. (A/S) : ESTADO DE RONDÔNIA
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO. (A/S) : ESTADO DE RORAIMA
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO. (A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO. (A/S) : ESTADO DE SERGIPE
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
INTDO. (A/S) : ESTADO DO TOCANTINS
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
INTDO. (A/S) : SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE
SERVIÇO MÓVEL CELULAR E PESSOAL (SINDITELEBRASIL)
ADV. (A/S) : LUIZ ROBERTO PEROBA BARBOSA (69058/BA, 21360/DF,
21659/ES, 129738/RJ, 130824/SP)
ADV. (A/S) : RODRIGO CORREA MARTONE (54570/DF, 212503/RJ,
206989/SP)
ADV. (A/S) : ANDRE TORRES DOS SANTOS (35161/DF)
ADV. (A/S) : SAUL TOURINHO LEAL (22941/DF)
INTDO. (A/S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PROVEDORES DE INTERNET E
TELECOMUNICAÇÕES - ABRINT
ADV. (A/S) : PAULO HENRIQUE DA SILVA VITOR (106662/MG)
ADV. (A/S) : ALAN SILVA FARIA (114007/MG)
ADV. (A/S) : JORDANA MAGALHÃES RIBEIRO (118530/MG)
ADV. (A/S) : GUSTAVO DE MELO FRANCO TÔRRES E GONÇALVES (128526/MG)

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que dava parcial provimento ao recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual nº 10.297/1996, salientando que os requisitos concernentes à restituição e compensação tributária situam-se no âmbito infraconstitucional, e fixava a seguinte tese (tema 745 da repercussão geral): "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"; e do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que divergia do Relator para dar parcial provimento ao recurso, apenas para afastar a alíquota de 25% incidente sobre os serviços de comunicação, aplicando-se a mesma alíquota do ICMS adotada pelo Estado de Santa Catarina para as mercadorias e serviços em geral

(art. 19, I, da Lei 10.297/1996), propondo a fixação das seguintes teses: "I. Não ofende o princípio da seletividade/essencialidade previsto no art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal a adoção de alíquotas diferenciadas do ICMS incidente sobre energia elétrica, considerando, além da essencialidade do bem em si, o princípio da capacidade contributiva. II. O ente tributante pode aplicar alíquotas diferenciadas em razão da capacidade contributiva do consumidor, do volume de energia consumido e/ou da destinação do bem. III. A estipulação de alíquota majorada para os serviços de telecomunicação, sem adequada justificativa, ofende o princípio da seletividade do ICMS", pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Falaram: pela recorrente, o Dr. Leandro Daumas Passos; pelo recorrido, o Dr. Alisson de Bom de Souza, Procurador do Estado de Santa Catarina; pelo interessado Estado do Rio Grande do Sul, a Dra. Fernanda Figueira Tonetto Braga, Procuradora do Estado; e, pelo interessado Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal - SINDITELEBRASIL, o Dr. Luiz Roberto Peroba Barbosa. Plenário, Sessão Virtual de 5.2.2021 a 12.2.2021.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Dias Toffoli, que, acompanhando o Ministro Marco Aurélio (Relator), votava pelo parcial provimento do recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, "deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual nº 10.297/1996", e acompanhava o Relator também quanto à tese de repercussão geral proposta, e, ao final, propunha a modulação dos efeitos da decisão, estipulando que ela produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro, ressaltando as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito; e do voto da Ministra Cármen Lúcia, que acompanhava o Relator, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 11.6.2021 a 18.6.2021.

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 745 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual nº 10.297/1996, salientando que os requisitos concernentes à restituição e compensação tributária situam-se no âmbito infraconstitucional, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Roberto Barroso. Foi fixada 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". Por fim, quanto à modulação dos efeitos da decisão proposta pelo Ministro Dias Toffoli, acompanhado pelo Ministro Nunes Marques, o julgamento foi suspenso para colheita, em assentada posterior, dos votos dos demais ministros. Plenário, Sessão Virtual de 12.11.2021 a 22.11.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 714.139

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S) : LOJAS AMERICANAS S.A.

ADV.(A/S) : GERSON STOCCO DE SIQUEIRA (75970/RJ)

ADV.(A/S) : ANETE MAIR MACIEL MEDEIROS (15787/DF, 92715/MG, 79926/PR, 158742/RJ, 374663/SP)

RECDO.(A/S) : ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ACRE

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE

INTDO.(A/S) : ESTADO DE ALAGOAS

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAPÁ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAZONAS

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS

INTDO.(A/S) : ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

INTDO.(A/S) : ESTADO DO CEARÁ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

INTDO.(A/S) : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO MARANHÃO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARÁ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DA PARAÍBA

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO. (A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO. (A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO. (A/S) : ESTADO DE RONDÔNIA
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO. (A/S) : ESTADO DE RORAIMA
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO. (A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO. (A/S) : ESTADO DE SERGIPE
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
INTDO. (A/S) : ESTADO DO TOCANTINS
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
INTDO. (A/S) : SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE
SERVIÇO MÓVEL CELULAR E PESSOAL (SINDITELEBRASIL)
ADV. (A/S) : LUIZ ROBERTO PEROBA BARBOSA (69058/BA, 21360/DF,
21659/ES, 129738/RJ, 130824/SP)
ADV. (A/S) : RODRIGO CORREA MARTONE (54570/DF, 212503/RJ,
206989/SP)
ADV. (A/S) : ANDRE TORRES DOS SANTOS (35161/DF)
ADV. (A/S) : SAUL TOURINHO LEAL (22941/DF)
INTDO. (A/S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PROVEDORES DE INTERNET E
TELECOMUNICAÇÕES - ABRINT
ADV. (A/S) : PAULO HENRIQUE DA SILVA VITOR (106662/MG)
ADV. (A/S) : ALAN SILVA FARIA (114007/MG)
ADV. (A/S) : JORDANA MAGALHÃES RIBEIRO (118530/MG)
ADV. (A/S) : GUSTAVO DE MELO FRANCO TÔRRES E GONÇALVES (128526/MG)

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que dava parcial provimento ao recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual nº 10.297/1996, salientando que os requisitos concernentes à restituição e compensação tributária situam-se no âmbito infraconstitucional, e fixava a seguinte tese (tema 745 da repercussão geral): "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"; e do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que divergia do Relator para dar parcial provimento ao recurso, apenas para afastar a alíquota de 25% incidente sobre os serviços de comunicação, aplicando-se a mesma alíquota do ICMS adotada pelo Estado de Santa Catarina para as mercadorias e serviços em geral

(art. 19, I, da Lei 10.297/1996), propondo a fixação das seguintes teses: "I. Não ofende o princípio da seletividade/essencialidade previsto no art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal a adoção de alíquotas diferenciadas do ICMS incidente sobre energia elétrica, considerando, além da essencialidade do bem em si, o princípio da capacidade contributiva. II. O ente tributante pode aplicar alíquotas diferenciadas em razão da capacidade contributiva do consumidor, do volume de energia consumido e/ou da destinação do bem. III. A estipulação de alíquota majorada para os serviços de telecomunicação, sem adequada justificativa, ofende o princípio da seletividade do ICMS", pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Falaram: pela recorrente, o Dr. Leandro Daumas Passos; pelo recorrido, o Dr. Alisson de Bom de Souza, Procurador do Estado de Santa Catarina; pelo interessado Estado do Rio Grande do Sul, a Dra. Fernanda Figueira Tonetto Braga, Procuradora do Estado; e, pelo interessado Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal - SINDITELEBRASIL, o Dr. Luiz Roberto Peroba Barbosa. Plenário, Sessão Virtual de 5.2.2021 a 12.2.2021.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Dias Toffoli, que, acompanhando o Ministro Marco Aurélio (Relator), votava pelo parcial provimento do recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, "deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual nº 10.297/1996", e acompanhava o Relator também quanto à tese de repercussão geral proposta, e, ao final, propunha a modulação dos efeitos da decisão, estipulando que ela produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro, ressalvando as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito; e do voto da Ministra Cármen Lúcia, que acompanhava o Relator, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 11.6.2021 a 18.6.2021.

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 745 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual nº 10.297/1996, salientando que os requisitos concernentes à restituição e compensação tributária situam-se no âmbito infraconstitucional, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Roberto Barroso. Foi fixada 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". Por fim, quanto à modulação dos efeitos da decisão proposta pelo Ministro Dias Toffoli, acompanhado pelo Ministro Nunes Marques, o julgamento foi suspenso para colheita, em assentada posterior, dos votos dos demais ministros. Plenário, Sessão Virtual de 12.11.2021 a 22.11.2021.

Decisão: Em continuidade de julgamento no tocante à modulação dos efeitos da decisão proposta pelo Ministro Dias Toffoli, estipulando-se que ela produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro (2022), ressaltando-se as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 26.11.2021 a 3.12.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

18/12/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 714.139 SANTA CATARINA

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECTE.(S) : **LOJAS AMERICANAS S.A.**
ADV.(A/S) : **GERSON STOCCO DE SIQUEIRA**
ADV.(A/S) : **ANETE MAIR MACIEL MEDEIROS**
RECDO.(A/S) : **ESTADO DE SANTA CATARINA**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO ACRE**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DE ALAGOAS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO AMAPÁ**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO AMAZONAS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DA BAHIA**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO CEARÁ**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ**
INTDO.(A/S) : **DISTRITO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DE GOIÁS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO MARANHÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DE MATO GROSSO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO**

RE 714139 / SC

	GROSSO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
INTDO.(A/S)	:ESTADO DA PARAIBA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO PARANA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS

RE 714139 / SC

INTDO.(A/S) :SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE SERVIÇO MÓVEL CELULAR E PESSOAL (SINDITELEBRASIL)

ADV.(A/S) :LUIZ ROBERTO PEROBA BARBOSA

ADV.(A/S) :RODRIGO CORREA MARTONE

ADV.(A/S) :ANDRE TORRES DOS SANTOS

ADV.(A/S) :SAUL TOURINHO LEAL

INTDO.(A/S) :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PROVEDORES DE INTERNET E TELECOMUNICAÇÕES - ABRINT

ADV.(A/S) :PAULO HENRIQUE DA SILVA VITOR

ADV.(A/S) :ALAN SILVA FARIA

ADV.(A/S) :JORDANA MAGALHÃES RIBEIRO

ADV.(A/S) :GUSTAVO DE MELO FRANCO TÔRRES E GONÇALVES

Senhor Ministro Edson Fachin: Pretende a recorrente ver por reconhecida a aplicação da seletividade tributária ao ICMS energia elétrica e telecomunicações a partir do disposto na Constituição que está a prescrever que o ICMS “poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e serviços”(art.155, §2º, III, CF).

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC) ao julgar a matéria o entendeu que não assiste razão a contribuinte suscitando, inclusive, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em acórdão que restou assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ALÍQUOTA DE ICMS (25%). ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SELETIVIDADE, EM FUNÇÃO DA ESSENCIALIDADE DO PRODUTO (ART. 155 § 2º, III). INOCORRÊNCIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE DENEGOU A SEGURANÇA. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

"A Constituição Federal dispõe que o ICMS "poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços" (art. 155, § 2º, III – grifei). Diferentemente, no caso do IPI a CF determina que "será

RE 714139 / SC

seletivo, em função da essencialidade do produto" (art. 153, § 3º, I, da CF – grifei). Não há dúvida de que o legislador estadual não pode simplesmente desconsiderar a norma prevista no art. 155, § 2º, III, da CF, por conta da potestatividade inerente à expressão "poderá ser seletivo".

No entanto, há que reconhecer que é determinação que dá ao legislador margem mais ampla de decisão que a expressão "deverá ser seletivo", reservada apenas ao IPI. Essa constatação restringe a atuação do Judiciário a hipóteses inequívocas de violação do Princípio da Seletividade, que não é o caso dos autos.

Para que o pleito formulado pelo impetrante pudesse ser apreciado pelo Judiciário, seria necessário que, por algum meio de prova, o interessado demonstrasse peremptoriamente a incompatibilidade da norma estadual com a determinação constitucional. Mais: essa prova, no caso do Mandado de Segurança, deveria ser pré-constituída. A seletividade conforme a essencialidade do bem somente poderia ser aferida pelo critério de comparação. Embora seja inequívoca a importância da energia elétrica e dos serviços de comunicação, a violação da seletividade não ficou demonstrada (RMS 28.227/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin).

Sustenta a recorrente que a alíquota de ICMS fixada pelo Estado de Santa Catarina para as operações de energia elétrica inobserva o ditame constitucional da seletividade argumentando tratar-se de insumo essencial para desenvolvimento de quaisquer atividades.

De outro lado sustenta o Estado de Santa Catarina que o dispositivo constitucional veicula norma que estabelece uma faculdade aos Entes da federação, tanto que redigida de modo diverso do prescrito ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

Em julgamento iniciado sob relatoria do Min.Marco Aurélio, relator originário do feito, foi proferido voto para dar provimento ao Recurso Extraordinário interposto pela contribuinte; o que suscitou sucessivas vistas para ao final haver a proposta de modulação dos efeitos temporais da decisão.

RE 714139 / SC

Sendo esse breve relato do processado registro, desde já, que acompanho Ministro Marco Aurélio, sem maiores digressões ante aos substanciosos fundamentos agregados nas vistas, discorrendo ao final quanto à proposta de modulação. Passo ao voto:

Como sabido o setor elétrico brasileiro é formado basicamente por três categorias de agentes econômicos: geradores, transmissores e distribuidores que incorrem em diferentes fatos geradores de obrigações tributárias. Historicamente a etapa da distribuição padece de uma concentração econômica na medida em que foi construído e expandido a partir de um monopólio estatal que apenas recentemente vem se pulverizando em favor da livre concorrência (BEGO, Daniel José Justi. *Universalização dos serviços de energia elétrica: evolução histórica e necessidades de regulação*. In: CASTRO & LOUREIRO, Marcus Faro de e Luiz Gustavo Kaercher (Org.) *Direito da energia elétrica no Brasil.: aspectos institucionais, regulatórios e sócioambientais*. Brasília: UnB/ANEEL, 2010, p.231-260, p.233.).

A arrecadação do ICMS sobre a energia elétrica corresponde a parcela significativa da arrecadação tributária dos Estados. O imposto recolhido pelas concessionárias, na condição de substitutas tributárias, é calculado através de uma fórmula fornecida pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAE), qual seja: $ICMS = \text{Fornecimento} \times [1/(1-\text{alíquota})]-1$.

Indistintamente, todos os Estados da federação, já há anos, conferem basicamente o mesmo tratamento tributário às operações de comercialização de energia elétrica. Considerando a erosão da base tributária de ICMS, ante ao fenômeno da *guerra fiscal*, os Estados passaram a sobreonerar *energia elétrica e telecomunicações* com alíquotas em torno de 29% a despeito da essencialidade da mercadoria afetando, assim, a capacidade contributiva global (BEVILACQUA, Lucas. *Incentivos fiscais de ICMS*. São Paulo: Quartier Latin/ IBDT, 2013, p.42).

Há quem sustente que no caso específico das operações de energia elétrica e de comunicações, por ventura aplicada genericamente a seletividade ao ICMS, ter-se-ia uma quebra orçamentária em prejuízo à

RE 714139 / SC

execução de políticas públicas.

Importante considerar no enfrentamento da aplicação da seletividade ao ICMS, muito antes do prejuízo arrecadatário aos Entes da federação, o aspecto de justiça fiscal em tal imposição tributária. Oportuno lembrar que o setor de energia elétrica é altamente regulado pelo Governo Federal por meio da agência reguladora ANEEL que têm por propósito não apenas a fiscalização dos serviços prestados pelas concessionárias, mas, também, garantir a uniformidade dos preços praticados (CASTRO & LOUREIRO, Marcus Faro de e Luiz Gustavo Kaercher (Org.) *Direito da energia elétrica no Brasil.: aspectos institucionais, regulatórios e sócioambientais*. Brasília: UnB/ANEEL, 2010).

A neutralidade no setor de energia elétrica já é mitigada na medida que se trata de um setor no qual o Governo Federal intervém por diferentes modalidades/instrumentos: mediante participação (Sistema Eletrobrás), regulação (ANEEL) e subvenção (tarifas sociais) de modo que presentes instrumentos para promoção de justiça social aos consumidores de energia elétrica; o que, no entanto, não prescinde do reconhecimento do critério da *essencialidade* a orientar a aplicação da seletividade na fixação das alíquotas de energia elétrica e telecomunicações.

Argumentam, pois, os Estados da federação que já empreendem um tratamento favorecido aos consumidores de baixa renda, isto é, em um ambiente fora do mercado; o que já confere justiça fiscal ao ICMS sem desrespeitar a neutralidade na tributação dado que concedidos tais benefícios em um ambiente que não de mercado (BUISSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas. Seletividade, justiça fiscal e neutralidade concorrencial: o ICMS sobre energia elétrica nos Tribunais Superiores. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano19, n. 104, p. 121-141, jul./ago. 2017).

Para os Estados da federação a aplicação da seletividade ao ICMS nas operações de energia elétrica e comunicações culminaria em um desequilíbrio orçamentário sem precedentes nas Finanças Públicas; o que justificaria a modulação dos efeitos temporais da decisão declaratória de inconstitucionalidade.

RE 714139 / SC

Oportuno aqui consignar que o ordenamento jurídico brasileiro adota enquanto dogma a nulidade do dispositivo legal que afronta norma constitucional. Essa perspectiva advém da própria consequência lógica de se adotar a Constituição enquanto fundamento jurídico de validade para os demais dispositivos legais. Nesse sentido discorre Ministro Luiz Roberto Barroso:

A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela mesma matéria. A teoria constitucionalista não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí porque a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato. (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007).

Excepcionalmente, contudo, verifica-se a necessidade de modulação dos efeitos temporais da decisão para se resguardar o interesse social e a segurança jurídica, sendo esses elementos essenciais para a subsunção da hipótese autorizativa do art. 927, §3º do NCPC:

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

(...)

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.”

Diante do cenário apresentado, entendo que não é possível a aplicação do referido dispositivo na presente decisão vez que ausentes

RE 714139 / SC

razões de segurança jurídica , nem mesmo razões de interesse social.

Nessa perspectiva, a modulação temporal dos efeitos justifica-se apenas quando, com fundamento nas razões excepcionais acima expostas, for utilizada para preservar direitos fundamentais do contribuinte consolidados a partir de razões de segurança jurídica e interesse social.

Segurança jurídica, na verdade, corresponde a um estado de estabilizações das relações jurídicas, em que o cidadão espera, de forma legítima, cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade em relação aos atos do Poder Público. Assim entende o professor Humberto Ávila:

“o princípio da segurança jurídica implica processos de determinação, de legitimação, de argumentação e de fundamentação que viabilizem a controlabilidade semântico-argumentativa da atuação estatal, de um lado, e a respeitabilidade da ação do contribuinte fundada no Direito, de outro, bem como, por via reflexa, da argumentação referente a essa ação”. (ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ed.São Paulo: Malheiros,2012,p.285)

No entanto, verifica-se que a pretensão dos Estados se sustenta apenas na segurança arrecadatória e no interesse orçamentário, ao visar exclusivamente o equilíbrio orçamentário e financeiro do Estado, haja vista alegada redistribuição de recursos sociais promovida pelo entendimento adotado.

Cabe ressaltar que ao requererem a modulação prospectiva em sede de memoriais, os Estados usufruem de fundamento único relativo a preservar “a execução orçamentária programada e aprovada pelas leis que vigorarão no exercício de 2022, que foram projetadas baseadas na arrecadação com as alíquotas atualmente em vigor nos Estados – membros” (e-Doc 449, p.5).

Nesse sentido, em memorial anterior a CONPEG expôs que a perda referente à arrecadação, com a decisão, será de cerca de R\$ R\$-27 bilhões de reais/ano (e-Doc 443, p. 1). A apresentação do valor, no entanto, além

RE 714139 / SC

de não ser precisa, já que não são bem determinadas as explicações a respeito de sua origem, não consiste em um argumento jurídico.

Conforme pode ser observado em informações disponibilizadas pela Anatel (e-Doc 453) enquanto *amicus curie* nos autos do presente processo, apesar de a diminuição da carga tributária sobre os serviços de comunicação impactar a arrecadação do governo em um primeiro momento, será esta responsável por incentivar a implementação de serviços de infraestrutura e uma maior adesão dos consumidores, e, por conseguinte, promoverá a longo prazo uma arrecadação tributária ainda maior, passível de compensar a redução de arrecadação do primeiro momento (e-Doc 842).

Para além, saliento que eventual modulação promoveria resultados fáticos considerados incompatíveis com o nosso ordenamento jurídico, visto que haveria a convalidação de cobranças consideradas inconstitucionais. Nesse sentido, caberia ao contribuinte o ônus de arcar com valores que foram erroneamente arrecadados, enquanto paralelamente ocorreria o enriquecimento sem causa da União.

Da mesma forma, o interesse orçamentário também não corresponde ao interesse público. A perda de arrecadação não é argumento idôneo a permitir que os efeitos de lançamentos inconstitucionais, que agridem direitos fundamentais dos contribuintes, sejam mantidos.

Não podem, portanto, os Estados valerem-se de uma *inconstitucionalidade útil* e imputarem aos contribuintes o ônus de arcar com os valores que foram indevidamente arrecadados. Em síntese, a modulação não deve ser um meio hábil para atingir o equilíbrio orçamentário às custas dos contribuintes.

Por esses motivos, entendo que a admissão da modulação neste caso propiciaria que consequências jurídicas fossem preteridas em relação às financeiras, o que contraria a ideia do Estado Democrático de Direito.

Ante o exposto, dou provimento ao Recurso Extraordinário aviado pela contribuinte acompanhando, assim, o enunciado de tese consolidado, mas afasto a proposta de modulação dos efeitos da decisão ante a ausência de razões de segurança jurídica e interesse social.

RE 714139 / SC

É como voto.

18/12/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 714.139 SANTA CATARINA

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECTE.(S) : **LOJAS AMERICANAS S.A.**
ADV.(A/S) : **GERSON STOCCO DE SIQUEIRA**
ADV.(A/S) : **ANETE MAIR MACIEL MEDEIROS**
RECDO.(A/S) : **ESTADO DE SANTA CATARINA**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO ACRE**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DE ALAGOAS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO AMAPÁ**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO AMAZONAS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DA BAHIA**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO CEARÁ**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ**
INTDO.(A/S) : **DISTRITO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DE GOIÁS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DO MARANHÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO**
INTDO.(A/S) : **ESTADO DE MATO GROSSO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO**

RE 714139 / SC

	GROSSO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
INTDO.(A/S)	:ESTADO DA PARAIBA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO PARANA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S)	:ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
INTDO.(A/S)	:ESTADO DO TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS

RE 714139 / SC

INTDO.(A/S) :SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE SERVIÇO MÓVEL CELULAR E PESSOAL (SINDITELEBRASIL)

ADV.(A/S) :LUIZ ROBERTO PEROBA BARBOSA

ADV.(A/S) :RODRIGO CORREA MARTONE

ADV.(A/S) :ANDRE TORRES DOS SANTOS

ADV.(A/S) :SAUL TOURINHO LEAL

INTDO.(A/S) :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PROVEDORES DE INTERNET E TELECOMUNICAÇÕES - ABRINT

ADV.(A/S) :PAULO HENRIQUE DA SILVA VITOR

ADV.(A/S) :ALAN SILVA FARIA

ADV.(A/S) :JORDANA MAGALHÃES RIBEIRO

ADV.(A/S) :GUSTAVO DE MELO FRANCO TÔRRES E GONÇALVES

VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Na sessão de 12 a 22 de novembro de 2021, havia acompanhado o eminente Relator, ministro Marco Aurélio, quanto ao resultado do julgamento, bem assim o ministro Dias Toffoli quanto aos fundamentos e à modulação formulados.

Em continuidade de julgamento, o ministro Dias Toffoli modifica a proposta de modulação, aduzindo que “*ela produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21)*”. Acompanho a alteração.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 714.139

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : LOJAS AMERICANAS S.A.

ADV.(A/S) : GERSON STOCCO DE SIQUEIRA (75970/RJ)

ADV.(A/S) : ANETE MAIR MACIEL MEDEIROS (15787/DF, 92715/MG, 79926/PR, 158742/RJ, 374663/SP)

RECDO.(A/S) : ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ACRE

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE

INTDO.(A/S) : ESTADO DE ALAGOAS

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAPÁ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAZONAS

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS

INTDO.(A/S) : ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

INTDO.(A/S) : ESTADO DO CEARÁ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

INTDO.(A/S) : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO MARANHÃO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARÁ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DA PARAÍBA

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

INTDO. (A/S) : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO. (A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO. (A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO. (A/S) : ESTADO DE RONDÔNIA
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO. (A/S) : ESTADO DE RORAIMA
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO. (A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO. (A/S) : ESTADO DE SERGIPE
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
INTDO. (A/S) : ESTADO DO TOCANTINS
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
INTDO. (A/S) : SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE
SERVIÇO MÓVEL CELULAR E PESSOAL (SINDITELEBRASIL)
ADV. (A/S) : LUIZ ROBERTO PEROBA BARBOSA (69058/BA, 21360/DF,
21659/ES, 129738/RJ, 130824/SP)
ADV. (A/S) : RODRIGO CORREA MARTONE (54570/DF, 212503/RJ,
206989/SP)
ADV. (A/S) : ANDRE TORRES DOS SANTOS (35161/DF)
ADV. (A/S) : SAUL TOURINHO LEAL (22941/DF)
INTDO. (A/S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PROVEDORES DE INTERNET E
TELECOMUNICAÇÕES - ABRINT
ADV. (A/S) : PAULO HENRIQUE DA SILVA VITOR (106662/MG)
ADV. (A/S) : ALAN SILVA FARIA (114007/MG)
ADV. (A/S) : JORDANA MAGALHÃES RIBEIRO (118530/MG)
ADV. (A/S) : GUSTAVO DE MELO FRANCO TÔRRES E GONÇALVES (128526/MG)

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que dava parcial provimento ao recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual nº 10.297/1996, salientando que os requisitos concernentes à restituição e compensação tributária situam-se no âmbito infraconstitucional, e fixava a seguinte tese (tema 745 da repercussão geral): "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"; e do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que divergia do Relator para dar parcial provimento ao recurso, apenas para afastar a alíquota de 25% incidente sobre os serviços de comunicação, aplicando-se a mesma alíquota do ICMS adotada pelo

Estado de Santa Catarina para as mercadorias e serviços em geral (art. 19, I, da Lei 10.297/1996), propondo a fixação das seguintes teses: "I. Não ofende o princípio da seletividade/essencialidade previsto no art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal a adoção de alíquotas diferenciadas do ICMS incidente sobre energia elétrica, considerando, além da essencialidade do bem em si, o princípio da capacidade contributiva. II. O ente tributante pode aplicar alíquotas diferenciadas em razão da capacidade contributiva do consumidor, do volume de energia consumido e/ou da destinação do bem. III. A estipulação de alíquota majorada para os serviços de telecomunicação, sem adequada justificativa, ofende o princípio da seletividade do ICMS", pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Falaram: pela recorrente, o Dr. Leandro Daumas Passos; pelo recorrido, o Dr. Alisson de Bom de Souza, Procurador do Estado de Santa Catarina; pelo interessado Estado do Rio Grande do Sul, a Dra. Fernanda Figueira Tonetto Braga, Procuradora do Estado; e, pelo interessado Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal - SINDITELEBRASIL, o Dr. Luiz Roberto Peroba Barbosa. Plenário, Sessão Virtual de 5.2.2021 a 12.2.2021.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Dias Toffoli, que, acompanhando o Ministro Marco Aurélio (Relator), votava pelo parcial provimento do recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, "deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual nº 10.297/1996", e acompanhava o Relator também quanto à tese de repercussão geral proposta, e, ao final, propunha a modulação dos efeitos da decisão, estipulando que ela produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro, ressaltando as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito; e do voto da Ministra Cármen Lúcia, que acompanhava o Relator, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 11.6.2021 a 18.6.2021.

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 745 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, deferir a ordem e reconhecer o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, conforme previsto na Lei estadual nº 10.297/1996, salientando que os requisitos concernentes à restituição e compensação tributária situam-se no âmbito infraconstitucional, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Roberto Barroso. Foi fixada 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". Por fim, quanto à modulação dos efeitos da decisão proposta pelo Ministro Dias Toffoli, acompanhado pelo Ministro Nunes Marques, o julgamento foi suspenso para colheita, em assentada posterior, dos votos dos demais ministros. Plenário, Sessão Virtual de 12.11.2021 a 22.11.2021.

Decisão: Em continuidade de julgamento no tocante à modulação dos efeitos da decisão proposta pelo Ministro Dias Toffoli, estipulando-se que ela produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro (2022), ressaltando-se as ações ajuizadas até a véspera da publicação da ata do julgamento do mérito, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 26.11.2021 a 3.12.2021.

Decisão: Em continuidade de julgamento, o Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da decisão, estipulando que ela produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressaltando as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21), nos termos do voto ora reajustado do Ministro Dias Toffoli, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Edson Fachin. Plenário, Sessão Virtual de 10.12.2021 a 17.12.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário