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 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).

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/02/21 17:11

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, '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;

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/02/21 17:11

(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 paras 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 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).

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/02/2021 17:1

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 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 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

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/02/22 17:11

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 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). ,

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/02/21 17:11

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 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

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/02/21 17:11

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 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

Plenário Virtual - minuta de voto - 1/10/2021 17:1

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 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 provas pelo critério de

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/02/21 17:11

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 exigi-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 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%."

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/02/21 17:11

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 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.

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/02/21 17:11

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 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

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/02/21 17:11

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 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.

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/02/21 17:1

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:

> "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. 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 fato um dever. É certo que existe o poder-dever dos entes políticos,

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/02/21 17:11

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% (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 ade 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

Plenário Virtual - minuto de voto - 11/02/21 17:11

desestimular o consumo justamente nos setores onde este é mais elevado, bem como evitar o desperdício e, consequentemente, 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, cono 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 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 genéria 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 odo 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

Plenário Virtual - minuta de voto - 1/10/2021 17:11

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 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 daquele 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.

[…]

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

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/02/21 17:1

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 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

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/02/21 17:11

consumidores empresariais, comerciários 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 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

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/02/21 17:11

(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 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 peculiaridade 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 modo a propiciar a análise da adequação do percentual fixado na

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/02/21 17:11

> 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

Cumpre 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 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

Plenário Virtual - minuta de voto - 1/02/21 17:1

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.

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

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/02/2017 17:11

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 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

Plenário Virtual - minuta de voto - 1102/2017

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 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."

É o voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/02/21 17:11