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 § 2°, 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, § 3°, 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 peremptoriamnte 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

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/12/2021

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.

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

Plenário Virtual - minuta de voto - 15/12/2021

através de uma fórmula fornecida pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAE), qual seja: *ICMS= Fornecimento x [1/(1-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 execução de políticas públicas.

Importante considerar no enfrentamento da aplicação da seletividade ao ICMS, muito antes do prejuízo arrecadatório 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

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/12/2021

benefícios em um ambiente que não de mercado (BUISSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas. Seletividade, justiça fiscal e neutralidadeconcorrencial: 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.

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."

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/12/2021

Diante do cenário apresentado, entendo que não é possível a aplicação do referido dispositivo na presente decisão vez que ausentes 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 de não ser precisa, já que não são bem determinadas as explicações a respeito de sua origem, não consiste em um argumento jurídico.

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/12/2021

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.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/12/2021