R E L A T Ó R I O

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 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, § 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.

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 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.

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.