VOTO - VISTA

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 dos arts. 150, II e IV; e 155, § 2º, 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 ter a Lei catarinense nº 10.297/96 estabelecido alíquotas diferenciadas de ICMS para diversas situações, equiparando, contudo, produtos e serviços essenciais a supérfluos. A respeito das operações relativas à energia elétrica e dos serviços de telecomunicação, diz a recorrente ter a mencionada lei estipulado a alíquota de ICMS de 25%, sendo isso maior do que a alíquota incidente nas operações internas em geral, que é de 17%. Apontou ter havido equiparação das operações relativas a energia elétrica e das prestações de serviços de telecomunicação a operações com 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.

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/21 00:00

Também argumentou a recorrente que a lei em questão viola a isonomia, pois a submete à 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: "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".

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 5/02 a 12/02/21, 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 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.

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/21 00:00

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 com 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 a qual dispõe que o ICMS "poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços" (art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal).

Numa primeira aproximação com o assunto, cumpre consignar que seletivo é adjetivo que tem como uma acepção "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. Essencialidade, por sua vez, é "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 a 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.". Na mesma direção, leciona Hugo de Brito Machado Segundo.

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/21 00:00

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** tem 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, 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).

Os diplomas posteriores que trataram do imposto de consumo (Decreto-lei nº 7.219A/44 e Decreto-lei nº 7.404/45) deixaram de prever a isenção para esse último item.

Em 1946 foi instaurada 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".

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

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/21 00:00

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". Se aduziu, 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 senso', significa não isentar artigos para os vadios". 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", 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, 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 o imposto de vendas uniforme, 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".

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". Nesse contexto, ele observou,

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/2100:00

analisando os debates na Assembleia Constituinte, que a orientação dada ao legislador "f **oi no sentido de guiar-se pela natureza do produto e pelo seu preço** ". 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".

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 necessárias 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, transmissão e 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 anteprojeto da mencionada emenda constitucional, se aduziu que o IPI se tratava do "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 suas alíquotas** e no caráter não cumulativo de suas incidências" (grifo nosso).

Plenário Virtual - minuto de voto - 11/06/21 00:00

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"** .

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

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

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/21 00:00

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

Ainda sobre esse tributo, vale lembrar de ter essa Lei Fundamental determinado que ele fosse uniforme "para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais" e exigido **convênio interestadual** para que os estados concedessem **isenções relativas ao imposto.**

Na década de 70 e início da década de 80, o **IUEE** passou a ser cobrado com alíquotas maiores. A classe de consumo rural foi isentada do tributo.

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 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, dentre 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 é 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

Plenário virtual - minuta de voto - 11/06/21 00:00

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, interesses distintos de como tratar a base, o fato gerador consumo, numa questão de produtos de primeira necessidade"** . 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** ". 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** " (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 que era " **necessário dar aos Estados, de forma expressa, a possibilidade constitucional de estabelecer alíquotas seletivas, no ICM** ".

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/21 00:00

Ainda foi apresentada em face do anteprojeto em questão emenda objetivando se **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, rejeitada.

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". 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 aperfeiçoamentos".

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" (grifo nosso).

Na etapa do Plenário, foi apresentada, em face do projeto de Constituição A, emenda prevendo que o **ICM** S "terá caráter seletivo" (2P01178-1), isto é, impondo a adoção desse caráter na instituição do imposto. O parecer do Relator, o 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".

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/21 00:00

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", 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

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** " (grifo nosso).

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 –

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/21 00:00

deve sempre nortear o legislador à fixação de alíquotas reduzidas de ICMS, quando em jogo a concretização da seletividade, a exemplo do que ocorre com os produtos da cesta básica.

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** " (grifo nosso).

Em seguida, apontou que as pessoas que sustentam animais domésticos têm, presumivelmente, razoáveis condições financeiras. E disse que essa

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/21 00:00

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 muda, 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 de zero para 18% incidente sobre o açúcar (produto de caráter essencial, a partir de algumas perspectivas) 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** " (grifo nosso), 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 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. Artigo constante de publicação do IPEA de 2017

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/21 00:00

indica que 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".

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 irá prevalecer num determinado contexto.

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, como: **a qualidade intrínseca da mercadoria ou do serviço; o fim a 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 adotar 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 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, III, o constituinte registrou que o ICMS "poderá ser seletivo", enquanto que, no art. 153, § 1º, 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) .

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/21 00:00

De outro giro, entendo que, u **ma 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 Paulsen, de Gustavo Fossati, de Hugo de Brito Machado e de Hugo de Brito Machado Segundo.

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 constituinte 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, ao meu sentir, 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 na sua eficácia positiva, sem deixar de observar, contudo, a 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, adiando 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.

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/21 00:00

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.

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 30 kWh bem como o consumo de energia elétrica por consumidores industriais e consumidores rurais.

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, transmissão e distribuição de energia elétrica) e, ainda, com época em que houve a cobrança do empréstimo compulsório em favor da Eletrobrás 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 evidenciação 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 maior

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/21 00:00

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".

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 auto evidente 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, 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, consequentemente, 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 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

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/21 00:00

> realização de serviços e obras. É possível adquirir, por exemplo, água potável e mineral, além de alimentos para a população".

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, na capital, segurança adequada para a realização das eleições.

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

Como bem sintetiza Kiyoshi Harada,

> "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" (grifo nosso).

Corroborando o entendimento, Roque Antonio Carrazza afirma que a energia elétrica "é essencial para o progresso do País"; Paulsen nos lembra que "as necessidades mais básicas dependem de energia, como produzir luz, refrigerar alimentos, ligar um computador"; 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 pobre.

Nessa toada, mesmo considerando outros elementos, além da qualidade intrínseca da energia elétrica, **inexiste 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.

Plenário Virtual - minuta de voto - 1/06/23 00:00

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

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

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/08/21 00:00

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 150 kWh e (ii) operações com energia elétrica destinada a produtor rural e cooperativas rurais redistribuidoras, na parte que não exceder a 500 kWh 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.

Não obstante o reconhecimento da inconstitucionalidade em alusão, considerando o relevante impacto dessa decisão nas finanças do estado bem como 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 legítimas, julgo ser o caso de se modularem os

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/2100:00

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.

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/21 00:00

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 como Rio e São Paulo não raro linhas telefônicas eram negociadas no mercado a R$ 7.000 e até R$ 9.000, **valores que excluíam 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".

Matéria do Estado de S. Paulo nos relembra 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". 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, 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".

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

Plenário Virtual - minuto de voto - 11/06/21 00:00

telefones fixos em operação no Brasil. As assinaturas de telefonia móvel com a tecnologia 4G registraram, no referido mês, 173,7 milhões de linhas.

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, I, da Lei 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 deve 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.

Plenário Virtual - Planilha de voto - 11/06/21 00:00

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.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/21 00:00