V O T O

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

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

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

Eis as normas a serem examinadas:

> Lei nº 10.297/1996:
> […]
> Art. 19. As alíquotas do imposto, nas operações e prestações internas e interestaduais, inclusive na entrada de mercadoria importada e nos casos de serviços iniciados ou prestados no exterior, são:
> I – 17% (dezessete por cento), salvo quanto às mercadorias e serviços relacionados nos incisos II e III;
> II – 25% (vinte e cinco por cento) nos seguintes casos:
> a) operações com energia elétrica;
> b) operações com os produtos supérfluos relacionados na Seção I do Anexo Único desta Lei;
> c) prestações de serviços de comunicação;
> d) operações com gasolina automotiva e álcool carburante;
> III – 12% (doze por cento) nos seguintes casos:
> a) operações com energia elétrica de consumo domiciliar, até os primeiros 150 Kw (cento e cinqüenta quilowatts);

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/02/2021 00:00

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

[...]

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

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

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

[…]

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

[...]

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

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

As expressões "deverá" e "poderá ser" revestem-se de significados unívocos, no que o Direito, como ciência, possui princípios, institutos, expressões, vocábulos com sentido próprio. Na pureza da linguagem está o entendimento. E a segurança jurídica vem do apego a técnica maior.

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

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

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

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/02/2021 00:00

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

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

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

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

> Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:
> I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; [...] VII - telecomunicações;

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

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

São setores de demanda predominantemente inelástica, ante a indispensabilidade. O acréscimo na tributação não gera realocação dos recursos, porquanto insubstituíveis os itens. Daí a necessária harmonia com

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/02/2021 00:00

o desenho constitucional, presente a fragilidade do contribuinte frente à elevação da carga tributária. Conforme fiz ver no julgamento do recurso extraordinário nº 1.043.313, Pleno, relator ministro Dias Toffoli, "a corda não pode arrebentar do lado mais fraco".

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

Levando em conta a calibragem das alíquotas instituídas pela norma local, impõe-se o reenquadramento jurisdicional da imposição tributária sobre a energia elétrica e os serviços de telecomunicação, fazendo incidir a alíquota geral, de 17%.

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

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

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

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

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

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/02/2021 00:00

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

Vencedor o enfoque, eis a tese: "Adotada, pelo legislador estadual, a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços."

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/02/2021 00:00