

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator): Assento, preliminarmente, a plena cognoscibilidade da presente ação direta de inconstitucionalidade.

No mérito, é caso de procedência do pedido.

A controvérsia cinge-se à possibilidade dos Estados fixarem as alíquotas de ICMS incidentes sobre energia elétrica e serviços de comunicação em percentuais superiores aos da alíquota geral do tributo, em face do que impõem a seletividade tributária e seu critério da essencialidade.

Assim prevê o parâmetro constitucional:

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

(...)

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

(...)

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

A seletividade em função da essencialidade surgiu no Brasil com a Emenda Constitucional nº 18/65 apenas quanto ao IPI, imposto marcadamente extrafiscal. O ICMS, por outro lado, dado seu caráter eminentemente nacional e de imposto de mercado vincado pela neutralidade tributária possuía, na época, alíquota uniforme (SILVA, Lázaro Reis Pinheiro; BEVILACQUA, Lucas. Incentivos fiscais de ICMS e seletividade ambiental. Revista Direito Tributário Atual n.45. Ano 38. p.239-257. São Paulo: IBDT, 2ºquadrimestre, 2020, p.240).

Regina Helena Costa, ao realizar apontamentos sobre a tributação ambiental no Brasil, leciona com propriedade que tanto o IPI (art.153, IV, § 3º, I), quanto o ICMS (art. 155, II, § 2º, III) podem ser seletivos em função do critério da essencialidade (COSTA, Regina Helena. Apontamentos sobre a tributação ambiental no Brasil. In: TÔRRES, Heleno Taveira. Direito Tributário Ambiental (Organizador). São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 326.).

O princípio da seletividade tributária é fixado, assim, a partir do critério da essencialidade dos bens e serviços que, de acordo com Luís Eduardo Schoueri, tem duas perspectivas:

(...) o ponto de vista individual dos contribuintes e as necessidades coletivas. Sob a última perspectiva, tal conceito deve ser entendido a partir dos objetivos e valores constitucionais: o essencial será o bem que se aproxime da concretização daqueles. Assim, tanto será essencial o produto consumido pelas camadas menos favorecidas da população, dado o objetivo fundamental da República de “erradicar a pobreza e a marginalização” (artigo 3º, III, da Constituição Federal), como aquele que corresponda aos auspícios da Ordem Econômica, diante do objetivo de “garantir o desenvolvimento nacional” (artigo 3º, II). (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica* – Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 300-301.)

Assim, analisando o princípio sob o ponto de vista dos contribuintes, a seletividade em função da essencialidade faz com que a incidência dos impostos não atinja parcela de riqueza que corresponda ao mínimo existencial dos indivíduos, visando alcançar justiça fiscal. Busca-se beneficiar as camadas menos favorecidas da população, que têm parte mais significativa da renda comprometida com a aquisição de mercadorias e serviços indispensáveis a um padrão mínimo de dignidade, e, por esse motivo, acabam suportando uma carga tributária proporcionalmente mais elevada.

Destarte, busca-se a justa repartição do ônus tributário entre os indivíduos de acordo com sua capacidade econômica, garantindo um padrão mínimo de vida a todos os cidadãos. É isso que faz com que, em nome da justiça fiscal, haja redução da base de cálculo ou da alíquota dos tributos sobre mercadorias consideradas indispensáveis e essenciais ao consumo humano, a exemplo da energia elétrica e dos serviços de comunicação

Uma vez que o legislador estadual adote a seletividade no ICMS, não há espaço para que adote outro critério para sua incidência que não o da essencialidade da mercadoria ou do serviço. É o que a doutrina convencionou denominar de “eficácia negativa da seletividade”.

Acerca do tema, assim leciona o professor Kiyoshi Harada:

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.**

Se é verdade que não há definição legal do que sejam mercadorias e serviços essenciais, não é menos verdade que **a Constituição não conferiu ao legislador ordinário margem de liberdade para adoção de critério político destoante do conceito de essencial, de necessário e indispensável em termos de realidade social vivenciada em nosso país**. Basta imaginar um blecaute por apenas 24 horas para que possamos ter a ideia de quão essencial é a energia elétrica para a moderna sociedade em que vivemos. A melhor forma de descobrir a violação do princípio da seletividade é a de examinar a legislação confrontando mercadorias e serviços com as respectivas alíquotas.

(...)

Salta aos olhos que a alíquota de 25%, prevista na letra b retro, desatende à faculdade prevista no preceito constitucional sob análise, porque a presumível capacidade contributiva do consumidor de energia elétrica domiciliar é irrelevante para implementação da alíquota seletiva. **O que importa é apenas a sua seletividade em função da essencialidade da mercadoria e do serviço.** Como é possível sustentar que a energia elétrica é essencial para quem apresenta baixo consumo e não o é para quem apresenta um elevado consumo?

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.

(...)

(HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. Grupo GEN 2021, p. 545-546)

Complementarmente, Buissa e Bevilacqua sustentam que:

O critério para se alcançar a justiça fiscal, minimizando os efeitos da regressividade antes apontada, é o da essencialidade. Há de se estabelecer, então, uma linha demarcatória entre produto essencial e supérfluo, o que não é fácil e muito menos perene, com constantes alterações, visto depender da evolução da sociedade. [...] **O conceito de essencialidade se encontra vinculado a um padrão mínimo de vida, de modo que ninguém fique abaixo desse padrão.**

(BUISSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas. Int. Públ. – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 104, p. 121-141, jul./ago. 2017, p. 126)

Nessa linha de entendimento, em respeito ao critério da essencialidade, a jurisprudência recente desta Suprema Corte firmou-se no sentido de que o Estado-membro não poderá estabelecer alíquotas de ICMS sobre as operações de energia elétrica e os serviços de comunicação mais elevadas que a alíquota das operações em geral.

Registro que essa orientação foi consolidada pelo Plenário desta Corte, no julgamento do RE 714.139- RG, Tema 745, Red. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, DJe 15.03. 2022, assim ementado:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema nº 745. Direito tributário. ICMS. Seletividade. Ausência de obrigatoriedade. Quando adotada a seletividade, há necessidade de se observar o critério da essencialidade e de se ponderarem as características intrínsecas do bem ou do serviço com outros elementos. Energia elétrica e serviços de telecomunicação. Itens essenciais. Impossibilidade de adoção de alíquota superior àquela que onera as operações em geral. Eficácia negativa da seletividade.

1. 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.

2. A Constituição Federal não obriga os entes competentes a adotar a seletividade no ICMS. Não obstante, é 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 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. O estado que adotar a seletividade no ICMS terá de conferir efetividade a esse preceito em sua eficácia positiva, sem deixar de observar, contudo, sua eficácia negativa.

3. A energia elétrica é item essencial, seja qual for seu consumidor ou mesmo a quantidade consumida, não podendo ela, em razão da eficácia negativa da seletividade, quando adotada, ser submetida a alíquota de ICMS superior àquela incidente sobre as operações em geral. A observância da eficácia positiva da seletividade – como, por exemplo, por meio da instituição de benefícios em prol de classe de

consumidores com pequena capacidade econômica ou em relação a pequenas faixas de consumo –, por si só, não afasta eventual constatação de violação da eficácia negativa da seletividade.

4. Os serviços de telecomunicação, que no passado eram contratados por pessoas com grande capacidade econômica, foram se popularizando de tal forma que as pessoas com menor capacidade contributiva também passaram a contratá-los. A lei editada no passado, a qual não se ateu a essa evolução econômico-social para efeito do dimensionamento do ICMS, se tornou, com o passar do tempo, inconstitucional.

5. Foi fixada a seguinte tese para o Tema nº 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.

6. Recurso extraordinário parcialmente provido.

7. Modulação dos efeitos da decisão, estipulando-se que ela produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando-se as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2 /21).

O Tribunal, inclusive, já teve oportunidade de reafirmar essas diretrizes no julgamento unânime das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 7.117 e 7.123, Rel. Min. Dias Toffoli, na sessão virtual encerrada em 24.06.2022. Naquela ocasião, o Plenário declarou a inconstitucionalidade de normas estaduais de conteúdo idêntico ao ora impugnado.

In casu, considerando que a alíquota de ICMS, no Estado do Pará, para as operações em geral é de 17%, é inconstitucional a fixação das alíquotas sobre energia elétrica e serviços de comunicação em 25% e 30%, respectivamente, por violação ao aspecto negativo do princípio da seletividade.

Vale ressaltar que a alíquota de 30% corresponde à alíquota fixada para os produtos supérfluos (art. 12, I, “a”, Lei 5.530/1989), o que demonstra o evidente desrespeito ao critério da essencialidade quando também aplicada para os serviços de comunicação.

Ressalto que a fixação das alíquotas do ICMS pelo legislador estadual não é discricionária, encontrando-se limitada pelas balizas regentes do sistema constitucional tributário, no caso, pela incidência da regra da

essencialidade em conjunto com a seletividade, não havendo espaço para que opte por apenas uma delas. Assim, não há falar em violação ao pacto federativo, visto que essa foi a opção do constituinte.

Ante o exposto, julgo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, a fim de declarar a inconstitucionalidade do art. 12, I, "b", e III, "a", da Lei 5.530/1989, do Estado do Pará.

Por fim, no tocante à modulação dos efeitos da decisão, ressalvado entendimento pessoal acerca do tema, adoto os parâmetros fixados no *leading case*, RE 714.139 – RG, para que esta produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/08/2022 10:00