

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face do art. 15, I, “a” e “b”, e III, “a”, da Lei 15.730/2016, do Estado de Pernambuco, que fixa alíquota de ICMS sobre operações com energia elétrica e serviços de comunicação em percentuais superiores à alíquota geral do tributo.

Aponta-se violação ao art. 155, § 2º, III, da Constituição. Sustenta-se que o princípio da seletividade determina a fixação de alíquotas reduzidas para operações e serviços essenciais. Defende-se que a seletividade deve corresponder à essencialidade do serviço, e não ao montante consumido, o qual nem sempre diz respeito à capacidade contributiva do cidadão.

Pugna-se pela declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos questionados.

1) Legitimidade ativa

Inicialmente, registro a legitimidade ativa da Procuradoria-Geral da República para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, nos termos do artigo 103, VI, da Constituição Federal.

Passo, portanto, ao exame do mérito do caso.

2) Da inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 15.730/2016 do Estado de Pernambuco

A Procuradoria-Geral da República objetiva a declaração de inconstitucionalidade do art. 15, I, “a” e “b”, e III, “a”, da Lei 15.730/2016, do Estado de Pernambuco, com a redação dada pela Lei 16.489/2018.

A requerente defende que as referidas normas, ao fixarem alíquotas de ICMS sobre operações com energia elétrica e serviços de comunicação em percentuais superiores à alíquota geral do tributo, afrontam o princípio constitucional da seletividade, previsto no art. 155, § 2º, III, da CF. Nesses termos, afirma que referido princípio deve ser aferido em função da

essencialidade do produto em si, e não do montante consumido, que nem sempre corresponde à capacidade contributiva.

Observo que, na hipótese, não obstante o legislador estadual tenha adotado a seletividade ao disciplinar o ICMS, estabeleceu alíquotas mais elevadas para os serviços de energia elétrica e comunicação do que aquela incidente sobre as operações em geral.

Inicialmente, registro que, não obstante o advento da LC 194/2022, em 23.6.2022, que reconheceu como essenciais os bens e serviços relacionados aos combustíveis, **à energia elétrica, às comunicações** e ao transporte coletivo, limitando a cobrança do ICMS sobre tais bens e serviços à alíquota praticada para operações em geral nos Estados e Distrito Federal, o Supremo Tribunal Federal segue mantendo seu posicionamento acerca dessa matéria exarado no julgamento do paradigma da repercussão geral, RE 714.139, Tema 745, inclusive quanto à modulação dos efeitos de sua decisão.

Na hipótese desse julgamento, o Supremo Tribunal Federal assentou a tese segundo a qual “ *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* ”.

Transcrevo, a propósito, a ementa dessa decisão:

“EMENTA 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 ateve 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, ressaltando-se as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (5/2/21)". (RE 714.139, Rel. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe 15.3.2022)

Percebe-se assim que, nessa ocasião, esta Corte consignou que as alíquotas incidentes sobre energia elétrica e serviços de telecomunicação, os quais consistem sempre em itens essenciais, não podem ser maiores do que a alíquota incidente sobre as operações em geral.

De fato, este Tribunal tem decidido nesse mesmo sentido em ações diretas de inconstitucionalidade que tratam de idêntica questão, como se verifica no julgamento das ADIs 7.117 e 7123, DJe 9.8.2022, concluído um dia depois da publicação da LC 194/2022, ambas de relatoria do Min Dias Toffoli (as quais sabidamente possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante), e que foram assim ementadas:

“ Ação direta de inconstitucionalidade. Direito tributário. ICMS. Lei do Estado de Santa Catarina. Seletividade. Alíquota do imposto incidente sobre energia elétrica e serviços de comunicação. Necessidade de observância da orientação firmada no julgamento do Tema nº 745. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

1. O Tribunal Pleno fixou 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. Na mesma ocasião, foram modulados os efeitos da decisão.

2. São inconstitucionais as disposições questionadas na presente ação direta, por estabelecerem alíquota de ICMS sobre energia elétrica e serviços de comunicação mais elevada do que a incidente sobre as operações em geral.

3. Ação direta julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade das alíneas a e c do inciso II do art. 19 da Lei nº 10.297 do Estado do Santa Catarina, de 26 de dezembro de 1996.

4. Modulação dos efeitos da decisão, estipulando-se que ela produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando-se as ações ajuizadas até 5/2/21.”

“Ação direta de inconstitucionalidade. Direito tributário. ICMS. Lei do Distrito Federal. Seletividade. Alíquota do imposto incidente sobre energia elétrica e serviços de comunicação. Necessidade de observância da orientação firmada no julgamento do Tema nº 745. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

1. O Tribunal Pleno fixou 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. Na mesma ocasião, foram modulados os efeitos da decisão.

2. São inconstitucionais as disposições questionadas na presente ação direta, por estabelecerem alíquotas de ICMS sobre energia elétrica e serviços de comunicação mais elevadas do que a incidente sobre as operações em geral.

3. Ação direta julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade do item 13 da alínea a do inciso II do art. 18 da Lei nº 1.254 do Distrito Federal, de 8 de novembro de 1996, bem como da alínea b e da expressão para serviço de comunicação constante da alínea f, ambas do referido inciso.

4. Modulação dos efeitos da decisão, estipulando-se que ela produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando-se as ações ajuizadas até 5/2/21.”

Mais recentemente, cite-se ainda o julgamento das ADIs 7.113, 7.116, 7.119, 7.122, 7.132, 7.124 e 7.114, as quais foram decididas após a edição da LC 194/2022, e todas respeitaram a modulação de efeitos realizada no paradigma da repercussão geral, RE 714.139, Tema 745.

Assim, diante da possibilidade de exsurgirem questionamentos de qual interpretação deveria prevalecer – a desta Corte ou a do Parlamento –, entendendo que, tendo em vista o julgamento recente dos processos acima mencionados, em data posterior à entrada em vigor da Lei Complementar 194/2022, encontra-se mantido o posicionamento deste Supremo Tribunal Federal quanto à matéria.

Nesses termos, compreendo serem inconstitucionais os dispositivos ora impugnados, tendo em vista que, embora o legislador estadual tenha adotado a seletividade ao disciplinar o ICMS, estabeleceu alíquotas mais elevadas para os serviços de energia elétrica e comunicação do que aquela incidente sobre as operações em geral.

Além disso, consoante tem reiteradamente decidido esta Corte em casos similares ao dos autos, consigno a aplicação da mesma modulação de efeitos estabelecida no julgamento do paradigma da repercussão geral mencionado, com vistas a conferir uniformidade de tratamento da matéria para todos os entes federativos.

Nesses termos, entendo pela inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados, **assim como também quanto à proposta de modulação de efeitos, para que a decisão produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando-se as ações ajuizadas até 5.2.2021, nos termos do que estabelecido no julgamento do RE 714.139, tema 745 da sistemática da repercussão geral, de modo a conferir tratamento uniforme a todos os entes da federação .**

É como voto.