

VOTO

O Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator):

Como registrei no relatório, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, tendo como objeto o art. 18, II, “a”, item “13”, “b” e “f” (expressão “para serviço de comunicação”), da Lei nº 1.254, de 8 de novembro de 1996, do Distrito Federal.

Eis o teor desses dispositivos:

“Art. 18. As alíquotas do imposto, seletivas em função da essencialidade das mercadorias e serviços, são:

(...)

II – nas operações e prestações internas:

a) de 25% (vinte e cinco por cento), para:

(...)

13) energia elétrica, para classe residencial e Poder Público, acima de 500KWh mensais;

b) de 21% (vinte e um por cento), para energia elétrica, classe residencial, de 301 a 500KWh mensais, e classes industrial e comercial, acima de 1.000KWh mensais;

(...)

f) de 28% **para serviço de comunicação** e para petróleo e combustíveis líquidos ou gasosos, exceto aquelas para as quais haja alíquota específica ;” (grifo nosso).

Na essência, requer o Procurador-Geral da República que se aplique a essas normas a orientação da Corte firmada no julgamento do RE nº 714.139 /SC, Tema nº 745, de cujo acórdão fui designado Redator.

Do afastamento da questão preliminar suscitada pelo Governador do Distrito Federal

Afasto a alegação, formulada pelo Governador do Distrito Federal, de que não houve impugnação de todo o complexo normativo. Vale lembrar que, quanto a esse ponto, Sua Excelência indica que, sendo acolhido o pedido inicial, permaneceria vigente apenas o art. 18, d, item 13 [sic], da lei questionada, o qual fixaria “a alíquota geral apenas sobre o consumo de energia elétrica ‘até 200 kWh mensais’”. Ainda nessa toada, sustenta que

surgirá lacuna normativa para o consumo de energia elétrica superior a essa referência, acarretando isenção de tributação quanto a esse consumo.

Não acolho a preliminar suscitada.

Com efeito, o dispositivo mencionado pelo Governador do Distrito Federal, isso é, o art. 18, d, item 13, da Lei nº 1.254/96, contém tão somente norma editada à luz da eficácia positiva do princípio da seletividade. Isso é, trata-se de norma a qual prevê alíquota de ICMS relativamente a pequenos consumos mensais de energia elétrica menor (de 12%) do que a alíquota prevista para as operações em geral.

Atente-se que a alíquota do imposto estabelecida para as **operações em geral** é de 18%, consoante estipula o art. 18, II, "c", da mesma lei.

Por seu turno, o que questiona o Procurador-Geral da República é tão somente as normas que estabeleceram alíquotas de ICMS sobre energia elétrica e serviços de comunicação superiores à tal alíquota prevista para as operações em geral. Tendo presente esse contexto, fica claro, portanto, que o art. 18, d, item 13, da Lei nº 1.254/96 não faz parte do complexo normativo.

Destaco, de mais a mais, que não requer o Procurador-Geral da República que a Corte isente do ICMS os consumos de energia elétrica superiores a 200 kWh mensais. É evidente, afora isso, que, quanto a esses consumos, passará a ser aplicada a alíquota geral de 18% (art. 18, II, "c", da Lei distrital nº 1.254/96), na hipótese de a ação ser julgada procedente.

Do mérito

O Tribunal Pleno, no exame do RE nº 714.139/SC, Tema nº 745, assentou que, na hipótese de o legislador estadual adotar a seletividade no ICMS, deve ele observar o critério da essencialidade. E concluiu a Corte que, sendo ela de fato adotada, as alíquotas incidentes sobre energia elétrica e serviços de telecomunicação, os quais consistem sempre em itens essenciais, não podem ser maior do que a alíquota incidente sobre as operações em geral.

Conferiu, nessa toada, enfoque à eficácia negativa da seletividade, chamando, ademais, a atenção para o fato de que a existência de normas alinhadas com a eficácia positiva da seletividade (como, v.g., norma prevendo alíquotas de ICMS minoradas em prol de classe de consumidores com pequena capacidade contributiva), por si só, não afastaria a eventual constatação da violação daquela.

Na apreciação do mérito do referido tema, assim me pronunciei ao tratar da essencialidade da energia elétrica e dos serviços de telecomunicação:

“ Do ICMS sobre energia elétrica à luz da seletividade

Desde já, adianto 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.

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 evidência 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 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:

(...)

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,

(...)

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.

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 seletividade** 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).

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.

(...)

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:

(...)

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:

(...)

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

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”.

Insta realçar que, na mesma ocasião, o Tribunal Pleno modulou os efeitos da decisão, estipulando que ela passasse a produzir efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ficando ressalvadas as ações ajuizadas até 5 /2/21 (data do início do julgamento do mérito).

O julgado foi 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 ateuve 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)” (RE nº 714.139/SC, Tribunal Pleno, de cujo acórdão fui designado Redator, DJe de 15/3/22).

Pois bem. Em relação ao presente caso, verifica-se que o legislador distrital adotou a seletividade ao disciplinar o imposto. Contudo, as normas questionadas incidiram em inconstitucionalidade, ao prever alíquotas de ICMS sobre energia elétrica e serviços de comunicação mais elevadas do que a incidente sobre as operações em geral.

Nessa toada, **vide** o que disse o Procurador-Geral da República, na petição inicial:

“No caso, o art. 18, II, ‘a’, item 13, da Lei 1.254/1996 do Distrito Federal fixou em 25% a alíquota de ICMS incidente sobre operações internas com energia elétrica, para classe residencial e poder público, na faixa de consumo acima de 500 kwh mensais.

Por sua vez, o art. 18, II, 'b', do diploma distrital fixou em 21% a alíquota de ICMS incidente sobre energia elétrica, classe residencial, na faixa de consumo de 301 a 500 kwh mensais, e classes industrial e comercial, na faixa de consumo acima de 1.000 kwh mensais.

Já para operações e prestações internas de serviços de comunicação, a alínea 'f' do mesmo dispositivo, acrescida pela Lei 5.452/2015, definiu a alíquota do tributo em 28%.

A alíquota geral do ICMS, a seu turno, foi estabelecida no Distrito Federal em 18% pelo art. 18, II, 'c', da Lei distrital 1.254/1996, com redação dada pela Lei 5.548/2015".

É o caso, portanto, de se julgar procedente o pedido.

Paralelamente a isso, proponho que se aplique, aqui, a mesma modulação dos efeitos da decisão estabelecida no julgamento do Tema nº 745. Ressalto que a Corte tem adotado essa medida em casos análogos. Nesse sentido, recorde-se dos julgamentos de diversas ações diretas nas quais se discutiu a instituição do ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a prévia edição da lei complementar federal pertinente (ADI nºs 6.819/PA, 6.821/MA, 6.824/RO, 6.825/RS, 6.826/RJ, 6.834/CE, 6.835/BA, 6.836/AM e 6.839/MG). Nesses casos, o Tribunal aplicou a mesma modulação de efeitos estipulada na apreciação do Tema nº 825, RE nº 851.108/SP, no qual se havia debatido idêntica matéria.

Ante o exposto, julgo procedente a ação direta, declarando a inconstitucionalidade do item 13 da alínea "a" do inciso II do art. 18 da Lei nº 1.254, de 8 de novembro de 1996, do Distrito Federal, bem como da alínea "b" e da expressão "para serviço de comunicação" constante da alínea "f", ambas daquele mesmo inciso.

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

É como voto.