



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

20 de maio de 2020

Órgão Especial

Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível - Nº  
0822347-59.2015.8.12.0001/50000 - Campo Grande  
Relator – Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade  
Arguente : Desembargadores Membros da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça  
do Estado de Mato Grosso do Sul  
Interessado : Lojas Americanas S.A.  
Advogado : Fernando Manzi Santos (OAB: 14040A/MS)  
Advogado : Mauro da Cruz Jacob (OAB: 142201/RJ)  
Advogado : Yan Dutra Molina (OAB: 99350/RJ)  
Advogado : Valéria Nunes Lins Amante (OAB: 113333/RJ)  
Advogado : Leonardo Cavalcanti Sá de Gusmão (OAB: 127082/RJ)  
Advogado : Raquel Bazolli Barbosa (OAB: 120106/RJ)  
Interessado : Estado de Mato Grosso do Sul  
Proc. do Estado : Renato Maia Pereira (OAB: 11964B/MS)  
Proc. do Estado : Nilton Kiyoshi Kurachi (OAB: 6732/MS)  
Interessado : Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul  
Advogado : Luiz Henrique Volpe Camargo (OAB: 7684/MS)

EMENTA – INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO TRIBUTÁRIO - DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ICMS E ALÍQUOTA ADICIONAL DESTINADA AO FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA - (27% + 2%) - PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE – ESSENCIALIDADE – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – ALÍQUOTA VARIÁVEL SUPERIOR AO DA REGRA GERAL DE TRIBUTAÇÃO (17%) - ARTIGO 155, § 2º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ARTIGOS 41, VI e 41-A, II, DA LEI ESTADUAL Nº 1.810/97 – DISCRICIONARIEDADE DO ENTE PÚBLICO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – LEGISLADOR POSITIVO - INCIDENTE EM PARTE NÃO CONHECIDO E NA PARTE CONHECIDA, REJEITADO.

É desnecessária a submissão de demanda judicial à regra da reserva de plenário quando há julgamento da questão constitucional debatida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

Não cabe ao Poder Judiciário adentrar ao poder discricionário do Chefe do Executivo Estadual no âmbito da competência tributária para aferir a calibragem das alíquotas do ICMS por vedação do princípio da separação dos poderes e no regime de distribuição de competências tributárias previsto na Constituição Federal (art. 155, § 2º, CF).

Na esteira da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário ampliar os limites previstos em lei para estabelecer isenções tributárias, redução de impostos ou deduções não previstas legalmente, ante a impossibilidade de atuar como legislador positivo.



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por maioria e, contra o parecer, conheceram em parte do recurso e na parte conhecida rejeitaram a arguição, nos termos do voto do Relator. Deixaram de votar os Desembargadores Carlos Eduardo Contar, por não ter participado do início do julgamento e os Desembargadores Ruy Celso e Marcelo Rasslan por se encontrarem em férias.

Campo Grande, 20 de maio de 2020.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

### R E L A T Ó R I O

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

**Desembargadores Membros da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul** suscitam, com base nos artigos 97, da Constituição Federal, 506 do RITJMS, 948 e 949 do CPC/2015 e Súmula Vinculante n.º 10, do STF, *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade* na Apelação Cível nº 0822347-59.2015.8.12.0001 interposta contra sentença integrada pelos embargos declaratórios que, nos autos da ação declaratória c/c repetição de indébito, ajuizada pelas Lojas Americanas S/A em face do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedentes os pedidos, por considerar legal a alíquota de 29%, a título de ICMS, no caso de prestação de serviços de telecomunicações.

A alegada inconstitucionalidade, por afronta ao artigo 155, § 2º, III, da Constituição Federal, reside na afirmação de que a majoração de alíquotas de ICMS, sob o fundamento da seletividade, em relação a um serviço essencial (telecomunicações – 27% + 2% - art. 41, VI e 41-A, II, da Lei nº 1.810/97), é inconstitucional, devendo ser aplicada a regra geral de tributação interna no Estado (17% - art. 41, III, "a", da Lei nº 1.810/97), tendo em vista a violação aos princípios da capacidade contributiva, da isonomia, da razoabilidade e do não-confisco.

O Estado de Mato Grosso do Sul e a Assembleia Legislativa, por sua mesa diretora, manifestaram-se às fls. 24/36 e 39/56, pela constitucionalidade da alíquota fixada.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência do incidente, com efeito *ex nunc*.

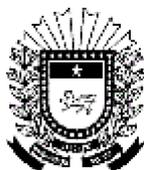
### V O T O ( E M 0 4 / 0 3 / 2 0 2 0 )

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

Trata-se de *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível* suscitada pelos **Desembargadores Membros da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul**, com base nos artigos 97, da Constituição Federal, 506 do RITJMS, 948 e 949 do CPC/2015 e Súmula Vinculante n.º 10, do STF, na Apelação Cível nº 0822347-59.2015.8.12.0001 interposta contra sentença integrada por embargos declaratórios, que, nos autos da ação declaratória c/c repetição de indébito, ajuizada pelas Lojas Americanas S/A em face do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedentes os pedidos, por considerar legal a alíquota de 29%, a título de ICMS, no caso de prestação de serviços de telecomunicações.

A alegada inconstitucionalidade, por afronta ao artigo 155, § 2º, III, da Constituição Federal, reside na afirmação de que a majoração de alíquotas de ICMS, sob o fundamento da seletividade, em relação a um serviço essencial (telecomunicações – 27% + 2% - art. 41, VI e 41-A, II, da Lei nº 1.810/97), revela-se inconstitucional, devendo ser aplicada a regra geral de tributação interna no Estado (17% - art. 41, III, "a", da Lei nº 1.810/97), tendo em vista a violação aos princípios da capacidade contributiva, da isonomia, da razoabilidade e do não-confisco.

O Estado de Mato Grosso do Sul defende a constitucionalidade da alíquota fixada, eis que o texto constitucional é literal ao afirmar que o ICMS “poderá” e



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

não que “deverá” ser, não indicando uma obrigação, mas mera faculdade ao legislador de realizar a seletividade ou não em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços, e que qualquer desoneração representa invasão da competência de lei complementar para dispor sobre normas gerais de matéria de legislação tributária (CF, art. 146, III,) e causa violação aos artigos 97, caput, II e VI, 111 e 176 do CTN, que dispõem sobre os benefícios fiscais (fls. 24/36).

Na mesma linha se manifesta a Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, acrescentando que a Constituição Federal atribuiu competência ao legislador estadual para regulamentar o ICMS em todas peculiaridades, sendo defeso ao Poder Judiciário imiscuir-se no tocante à fixação das alíquotas fiscais, ainda que com amparo na seletividade tributária. Por fim, aduz que eventual decisão reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 41, VI, da Lei n. 1.810/97, com a redução da alíquota de ICMS resultará em colapso nas contas públicas.

Por sua vez, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pela procedência do incidente, a fim de declarar a inconstitucionalidade dos artigos 41, inciso VI e 41-A, II, da Lei Estadual nº 1.810/97, com modulação dos efeitos da decisão *pro futuro*.

### **Fundamentação**

Inicialmente, cumpre registrar que, a despeito de o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 714.139/SC (Lojas Americanas S.A. contra o Estado de Santa Catarina), ter reconhecido a repercussão geral sobre a controvérsia relativa à constitucionalidade de norma estadual que prevê alíquota de 25% alusiva ao ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica e nos serviços de telecomunicação, em patamar superior ao estabelecido para as operações em geral 17%, inexistente ordem de sobrestamento de processos relacionados ao tema, razão pela qual passa-se à sua apreciação.

De acordo com a lição de Alexandre de Moraes<sup>1</sup>, a análise da constitucionalidade das espécies normativas exige-se a comparação com determinados requisitos formais e materiais, a fim de verificar sua compatibilidade com as regras constitucionais.

A inconstitucionalidade formal resta configurada quando a norma não foi elaborada de acordo com as regras do processo legislativo constitucional, ou seja, não preenche os requisitos subjctivos que tratam da competência de quem detém o poder de sua iniciativa, ou, objetivos que abrangem as fases constitutivas (discussão e votação - quórum) e complementar (promulgação e publicação).

Já a material caracteriza-se pela incompatibilidade do objeto da lei ou do ato normativo com a Constituição Federal ou Estadual.

No caso em tela, a questão versa sobre a alegação de inconstitucionalidade dos artigos 41, inciso VI e 41-A, inciso II, da Lei Estadual nº 1.810/97, os quais fixam alíquotas de ICMS para os serviços de comunicação em 27% + 2%, considerados essenciais, enquanto estabelece patamares menores para produtos e serviços menos relevantes para a população, que estariam em confronto com o artigo 155, § 2º, III, da Constituição Federal.

### **- do artigo 41-A, inciso II, da Lei Estadual nº 1.810/97**

Os 2% previstos no referido dispositivo trata-se de alíquota adicional ao ICMS destinada ao fundo de combate e erradicação da pobreza previsto nos artigos

<sup>1</sup> Direito Constitucional, 24ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 701.



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

79 e seguintes do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT<sup>2</sup>.

Pois bem, em relação a esta matéria, tem-se que o incidente não deve ser conhecido.

A respeito dos requisitos para submeter o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo de controle difuso ao plenário do Órgão Especial, o parágrafo único do artigo 949 do Código de Processo Civil, estabelece ser **despicienda** essa providência **quando já houver pronunciamento sobre a questão discutida pelo plenário do Tribunal de origem ou do Supremo Tribunal Federal**. Veja-se:

*Art. 949. Se a arguição for:*

*I - rejeitada, prosseguirá o julgamento;*

*II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.*

**Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.** (destacado)

Em consulta ao Supremo Tribunal Federal, constatou-se que, em caso análogo, a **questão já foi apreciada pelo plenário**, oportunidade em que a Suprema Corte, ao analisar a constitucionalidade da alíquota adicional ao ICMS prevista na Lei nº 4.454/2017 do Estado do Amazonas (ADI nº 5.733/AM), reconheceu tão somente a inconstitucionalidade parcial da norma para fazer respeitar o princípio constitucional da anterioridade, mantendo sua incidência.

A propósito:

*Ementa: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. LEI 4.454/2017 DO ESTADO DO AMAZONAS. INSTITUIÇÃO DE ADICIONAL NAS ALÍQUOTAS DO ICMS, DESTINADO À CRIAÇÃO DE FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA (ART. 82 DO ADCT). PERDA PARCIAL DO OBJETO. COBRANÇA DO TRIBUTO DENTRO DO MESMO EXERCÍCIO FINANCEIRO NO QUAL FOI PUBLICADA A LEI QUE O INSTITUIU. CARACTERIZAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA (ART. 150, III, "B", DA CF). 1. A revogação expressa de alguns dos dispositivos da norma*

<sup>2</sup> Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000\)](#) [\(Vide Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003\)](#) [\(Vide Emenda Constitucional nº 67, de 2010\)](#)

Parágrafo único. O Fundo previsto neste artigo terá Conselho Consultivo e de Acompanhamento que conte com a participação de representantes da sociedade civil, nos termos da lei. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000\)](#)

Art. 80. Compõem o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza: [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000\)](#) [\(Vide Emenda Constitucional nº 67, de 2010\)](#)

I - a parcela do produto da arrecadação correspondente a um adicional de oito centésimos por cento, aplicável de 18 de junho de 2000 a 17 de junho de 2002, na alíquota da contribuição social de que trata o art. 75 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000\)](#)



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*impugnada enseja a perda parcial do objeto da ação. 2. O Princípio da Anterioridade (art. 150, III, “b”, da CF), por configurar uma das maiores garantias tributárias do cidadão em face do Estado/Fisco, é consagrado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL como cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da CF (ADI 939, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJ de 18/03/1994). Além de constituir garantia individual, assegura a possibilidade de o contribuinte programar-se contra a ingerência estatal em sua propriedade, preservando-se, pois, a segurança jurídica. 3. A instituição do adicional de alíquota de ICMS, facultada pelo art. 82, § 1º, do ADCT, não configura hipótese de relativização do referido princípio. 4. Ação Direta julgada procedente, na parte em que conhecida, para declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do artigo 5º da Lei 4.454/2017 do Estado do Amazonas, restringindo-se a censura aos fatos geradores ocorridos entre a data de vigência da norma (1º de julho de 2017) e 31 de dezembro de 2017. (ADI 5733, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 02-10-2019 PUBLIC 03-10-2019). (destacado)*

*EMENTA Agravo regimental em suspensão de segurança. Adicional de ICMS criado por Estado para financiamento do respectivo Fundo de Combate à Pobreza (art. 82, § 1º, do ADCT). Validade da legislação estadual naquilo em que não conflitar com as EC nºs 33/2001 e 42/2003 até que sobrevenha a lei complementar federal. Ofensa à ordem e economia públicas. Efeito multiplicador. Agravo regimental ao qual se nega provimento. 1. É plausível a tese de que a legislação estadual concernente ao Fundo de Combate à Pobreza naquilo em que não conflitar com as EC nºs 33/2001 e 42/2003 vigora até a edição de lei complementar federal. Precedentes (ACO nº 1.039/MS e ADI nº 5.733/AM). 2. O interesse público primário, manifesto por meio da realização de políticas públicas voltadas ao bem comum, requer instrumentos financeiros para sua efetivação e justifica o deferimento do pedido de suspensão para se manter a cobrança dos adicionais na espécie. 3. Agravo regimental não provido. (STP 107 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-282 DIVULG 17-12-2019 PUBLIC 18-12-2019). (destacado)*

Não bastasse, a Suprema Corte consolidou entendimento, em sede de repercussão geral, no ARE 914045-RG, no sentido de ser desnecessária a submissão à regra da reserva de plenário quando se tratar de caso de reafirmação de sua jurisprudência.

A propósito:

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CLÁUSULA DA RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL PLENO DO STF. RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELO ESTADO. LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL. MEIO DE COBRANÇA INDIRETA DE TRIBUTOS. 1. A jurisprudência pacífica desta Corte, agora*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*reafirmada em sede de repercussão geral, entende que é desnecessária a submissão de demanda judicial à regra da reserva de plenário na hipótese em que a decisão judicial estiver fundada em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou em Súmula deste Tribunal, nos termos dos arts. 97 da Constituição Federal, e 481, parágrafo único, do CPC. 2. O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente entendido que é inconstitucional restrição imposta pelo Estado ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quanto aquelas forem utilizadas como meio de cobrança indireta de tributos. 3. Agravo nos próprios autos conhecido para negar seguimento ao recurso extraordinário, reconhecida a inconstitucionalidade, incidental e com os efeitos da repercussão geral, do inciso III do §1º do artigo 219 da Lei 6.763/75 do Estado de Minas Gerais. (ARE 914045 RG, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 15/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-232 DIVULG 18-11-2015 PUBLIC 19-11-2015).*

Pertinente a lição do Ministro Edson Fachin a respeito da matéria:

*No caso concreto, trata-se de um cidadão que teve seu requerimento de inscrição em cadastro de produtor rural indeferido pelo Poder Público, em razão de situação de irregularidade fiscal perante a Administração Tributária. Demais, o fundamento da negativa do pedido se funda no não preenchimento das exigências legais constantes da Lei estadual 6.763/75. Em relação à reserva de plenário, tem-se que a questão constitucional em debate se refere à interpretação do artigo 97 da Constituição Federal, in verbis: Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.*

*No âmbito infraconstitucional, vê-se que tal dispositivo constitucional fora assim conformado pelo Código de Processo Civil de 1973 no parágrafo único do artigo 481: Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Aliás, esse comando normativo foi repetido, *ipsis litteris*, no bojo do parágrafo único do artigo 949 do novo Código de Processo Civil de 2015.*

*Nesse quadro, não houve error in procedendo por parte do Tribunal de origem, uma vez que sua razão de decidir se pautou no Enunciado da Súmula 547 do STF, o que, por óbvio, demandou reiterados julgamentos do Tribunal Pleno para propiciar a cristalização do entendimento jurisprudencial em enunciado sumular.*

*Assim, as manifestações reiteradas desta Suprema Corte são no sentido de que não viola o artigo 97 do Texto Constitucional, quando existir pronunciamento plenário do STF acerca da matéria de fundo. (destacado)*

Admitir o incidente apenas para sedimentar o entendimento no âmbito deste Tribunal local acerca da legislação estadual, mesmo tendo a Suprema Corte tratado a questão constitucional em caso análogo, é fazer letra morta à regra constante no parágrafo único do artigo 949 do CPC.



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Acresça-se que a EC 67/2010<sup>3</sup>, prorrogou, por tempo indeterminado, o prazo de vigência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza a que se refere o *caput* do artigo 79 do ADCT e, igualmente, o prazo de vigência da Lei Complementar nº 111, de 6 de julho de 2001.

### **- do artigo 41, inciso VI, da Lei Estadual nº 1.810/97**

A Constituição Federal ao estabelecer a regra geral de incidência do

ICMS dispôs:

*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:***

***I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;***

***II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:***

***a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;***

***b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;***

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

Conforme orienta a doutrina<sup>4</sup>, em relação ao ICMS, o termo "poderá" constitui faculdade aos Estados e ao Distrito Federal na aplicação da seletividade do tributo em razão da essencialidade da mercadoria e serviços e, esse critério se efetiva por meio de calibragem das alíquotas do imposto de acordo com a natureza de cada produto e serviços, levando-se em conta sua imprescindibilidade à manutenção do mínimo vital à subsistência do indivíduo em condições compatíveis com a dignidade da pessoa humana.

O Estado de Mato Grosso do Sul adotou o critério de seletividade

<sup>3</sup> Art. 1º Prorrogam-se, por tempo indeterminado, o prazo de vigência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza a que se refere o [caput do art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias](#) e, igualmente, o prazo de vigência da [Lei Complementar nº 111, de 6 de julho de 2001](#), que "Dispõe sobre o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, na forma prevista nos [arts. 79, 80 e 81 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias](#)".

<sup>4</sup> Direito tributário na Constituição e no STF / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo – 17 ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014, p. 276.



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

para o ICMS, prevendo o Código Tributário Estadual – Lei nº 1.810, de 22 de dezembro de 1997, ao fixar as respectivas alíquotas:

**Art. 41. As alíquotas do ICMS ficam fixadas em:**

***I - doze por cento, nas seguintes hipóteses:***

a) nas operações e nas prestações interestaduais, destinadas a contribuinte ou não do imposto, ressalvadas as operações com bens e mercadorias importados do exterior de que trata o inciso VII do caput deste artigo;

b) nas operações internas com óleo diesel;

II – ( revogado pela Lei nº 3.477, de 20 de dezembro de 2007);

***III - dezessete por cento, nas seguintes hipóteses:***

a) operações internas e nas de importações, ressalvadas aquelas para as quais estejam previstas alíquotas específicas;

b) prestações internas de serviços de transporte ou nas iniciadas ou prestadas no exterior;

c) operações internas com energia elétrica destinada:

1. a comerciantes, industriais e produtores;

**2. a consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de um a duzentos quilowatts.hora (kWh);**

3. à iluminação pública e aos poderes e aos serviços públicos;

d) aquisições em outra unidade da Federação de energia elétrica não destinada a comercialização ou industrialização, quando realizadas por:

1. comerciantes, industriais e produtores;

2. consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de um a duzentos quilowatts.hora (kWh);

3. órgãos ou empresas encarregados da iluminação pública ou da execução dos serviços públicos;

4. poderes públicos;

e) aquisições em outra unidade da Federação de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando não destinados a comercialização ou industrialização, exceto a gasolina automotiva;

***IV - vinte por cento, nas seguintes hipóteses:***

a) operações internas com energia elétrica destinada a consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de 201 a quinhentos quilowatts.hora (kWh);

b) aquisições em outra unidade da Federação de energia elétrica não destinada a comercialização ou industrialização, quando realizadas por consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de 201 a quinhentos quilowatts.hora (kWh);

c) operações internas e de importação de cosméticos, perfumes e refrigerantes; [\(acrescentada pela Lei nº 4.751, de 5 de novembro de 2015\)](#)

d) operações internas e de importação de álcool carburante; [\(acrescentado pela Lei nº 5.434, de 13 de novembro de 2019\)](#)

***V - 25%, nas seguintes hipóteses:***

a) operações internas e de importação com:

1. armas, suas partes, peças e acessórios e munições;

2. artigos de pirotecnia classificados na subposição 3604.10 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado (NBM/SH);



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

3. artigos para jogos de salão, classificados na posição 9504 da NBM/SH, exceto os do código 9504.90.0400;

4. asas-delta, balões e dirigíveis classificados nos códigos 8801.10.0200 e 8801.90.0100 da NBM/SH;

5. embarcações de esporte e de recreio classificadas na posição 8903 da NBM/SH;

b) operações internas com energia elétrica destinada a consumidores residenciais cujo consumo mensal seja acima de quinhentos quilowatts.hora (kWh);

c) operações internas e de importação com álcool carburante, gasolina automotiva;

d) aquisições em outra unidade da Federação de gasolina automotiva não destinada a comercialização ou industrialização;

e) aquisições em outra unidade da Federação de energia elétrica não destinada a comercialização ou industrialização, quando realizadas por consumidores residenciais cujo consumo mensal seja acima de quinhentos quilowatts.hora (kWh);

**VI - vinte e sete por cento nas prestações internas de serviços de comunicação ou nas iniciadas ou prestadas no exterior.**

**VII - quatro por cento, nas operações interestaduais, destinadas a contribuinte ou não do imposto, com bens e mercadorias importados do exterior que, após seu desembaraço aduaneiro:**

a) não tenham sido submetidos a processo de industrialização;

b) ainda que submetidos a qualquer processo de transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento, reacondicionamento, renovação ou recondicionamento, resultem em mercadorias ou bens com conteúdo de importação superior a 40% (quarenta por cento).

**VIII - vinte e oito por cento nas operações internas ou de importação de bebidas alcoólicas, fumo, cigarros e demais produtos derivados do fumo, sendo que deste total:**

a) vinte e sete por cento será destinado ao Tesouro do Estado;

b) um por cento será destinado ao Fundo de Investimentos Sociais (FIS), para a celebração de termos de colaboração, termos de fomento ou acordos de cooperação com organizações da sociedade civil que atuem no atendimento, prevenção e na recuperação de dependentes de álcool e de outras drogas, ou que atendam pessoas com deficiência ou idosos abrigados em longa permanência, bem como as instituições de acolhimento institucional que ofereçam acolhimento provisório para crianças e adolescentes afastados do convívio familiar por meio de medida protetiva (ECA artigo 101, inciso VII), sendo que desse total 1/3 (um terço) será destinado à área de saúde, e 2/3 (dois terços) à área de assistência social, devendo ser aplicados nos termos dos artigos 29 e 30 da Lei Federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014.

**IX - trinta por cento, nas seguintes hipóteses:**

a) operações internas ou de importação de gasolina automotiva;

b) aquisições em outra unidade da Federação de gasolina automotiva não destinada a comercialização ou a industrialização.

§ 1º Nas aquisições, em licitação promovida pelo Poder Público, de mercadoria ou bem importados do exterior e apreendidos ou abandonados, são aplicadas as alíquotas:

I - interna correspondente, nos casos em que o adquirente esteja estabelecido ou domiciliado neste Estado;



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*II - interestadual, nos casos em que o adquirente esteja estabelecido ou domiciliado em outro Estado, observado o disposto no inciso VII do caput deste artigo.*

**§ 2º É aplicada a alíquota de dezessete por cento, nas importações ou nas aquisições no mercado local efetivadas pelas polícias civis e militares e por quaisquer órgãos da Administração Direta e Indireta da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios de armas, suas partes, peças e acessórios e munições.**

**§ 2º-A. Nas operações de exportação para o exterior de mercadorias e serviços de comunicação, sendo tributadas, a alíquota é de treze por cento.**

*§ 3º Na devolução de mercadoria, ou bem importado, aplica-se a mesma alíquota utilizada na operação originária, ressalvado o caso em que a remessa se deu para simples armazenamento.*

*§ 5º A fim de atender ao processo de desenvolvimento do Estado, o Poder Executivo pode reduzir a alíquota de energia elétrica até o limite das operações interestaduais, mediante avaliação dos conselhos específicos, por prazo não superior a dez anos, aplicada a estabelecimentos produtores e industriais.*

*§ 6º O disposto no inciso VII do caput não se aplica:*

*I - às operações com gás natural importado do exterior;*

*II - aos bens e às mercadorias importados do exterior que não tenham similar nacional, definidos em lista editada pelo Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior (Camex);*

*III - aos bens e às mercadorias comprovadamente produzidos em conformidade com os processos produtivos básicos de que tratam:*

*a) o Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, referente à Zona Franca de Manaus, com as alterações de que tratam as Leis Federais nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991, e nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001;*

*b) a Lei Federal nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, que dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, com as alterações de que trata a Lei Federal nº 10.176, de 2001;*

*c) a Lei Federal nº 11.484, de 31 de maio de 2007, que dispõe sobre incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados.*

*§ 7º Na hipótese do inciso VII do caput, aplicam-se as normas, os critérios, os procedimentos e as obrigações acessórias, inclusive de certificação do conteúdo de importação e de controle, aprovados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), que devem ser reproduzidos, implementados e, se necessário, complementados no regulamento.*

Como se verifica no dispositivo acima, ao aplicar a seletividade do tributo de acordo com a essencialidade das mercadorias e serviços, o Estado fixou as alíquotas entre 12% a 30%, providência que, a meu ver, não se revela inconstitucional, pois está dentro da liberdade do exercício de competência tributária que é garantida ao ente público estadual, com alíquotas diferenciadas para contribuintes em situações específicas.



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Nada existe na Constituição Federal que obste o Estado de efetuar a calibragem das alíquotas do ICMS de acordo com a natureza dos serviços, seja ele de energia ou telecomunicação ou, ainda, outros produtos.

Pelo contrário, o § 1º de seu artigo 145 estabelece que ***Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.***

A título exemplificativo, no caso da energia elétrica, a administração tributária aplica diferentes alíquotas com base no consumo, ou seja, 17% de 1 a 200 quilowatts.hora (kWh), 20% de 201 a 500 quilowatts.hora (kWh) e 25% acima de 500 quilowatts.hora (kWh).

Na hipótese dos autos, a insurgência é quanto à alíquota de 27% aplicada nos serviços de telecomunicações, os quais são prestados mediante oferecimento de planos, não havendo como diferenciar as condições econômicas dos usuários.

As contas utilizadas para fundamentar o pedido na ação originária movida pelas **Lojas Americanas S/A** se referem às faturas nos valores de R\$ 201,42 (fl. 28 – fev/2011), R\$ 85,48 (fl. 30 – fev/2012), R\$ 69,69 (fl. 33 – fev/2012), R\$ 150,64 (fl. 36 - out/2012), R\$ 72,89 (fl. 40 – set/2011) e R\$ 67,20 (fl. 52 – set/2012).

Veja-se que é empresa de considerável poder econômico e os valores utilizados são comuns com os diversos tipos de usuários de condições financeiras inferiores a ela, de modo que não há como fazer a mesma distinção realizada na energia elétrica.

Ademais, não cabe ao Judiciário adentrar ao poder discricionário do Estado no âmbito da competência tributária para aferir a calibragem das alíquotas do ICMS de acordo com a natureza dos serviços.

Isto porque realizar o exame comparativo de alíquotas incidentes sobre produtos ou serviços distintos, exige que o intérprete da norma faça comparação entre eles para então estabelecer o que, segundo a essencialidade, mereça maior ou menor consideração sob o enfoque constitucional, fato que caracteriza adotar critério discricionário e adentrar à conveniência e oportunidade, próprias da atuação administrativa.

A essencialidade tem relação direta com a ciência econômica, notadamente no que concerne aos bens de consumo e, por essa razão, está sujeita a elementos temporais, circunstanciais e, até mesmo, regionais objeto de estudos pelo Estado, e adentrar nessa seara de discricionariedade legislativa, importa em caminhar para o campo da subjetividade.

O fato de o produto fornecido ser considerado essencial, por si só, não permite ser aplicada a regra geral de tributação interna (17%) até porque o Estado aderiu à regra da seletividade do tributo em razão da essencialidade da mercadoria e serviços prevista no artigo 155, § 2º, III, da CF, havendo necessidade de calibragem das alíquotas de acordo com as suas naturezas, senão perde-se a essência do instituto aderido.

Se o Judiciário passar a considerar que todos os serviços essenciais devem ser tributados pela menor alíquota, independentemente da situação econômica do contribuinte, ou seja, a aplicação da regra geral de 17%, como já ocorreu em julgados



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

nesta Corte, conforme relatado no acórdão que ensejou este incidente (Agravado de Instrumento - 1414022-44.2018.8.12.0000 - **Companhia Brasileira de Distribuição - Hipermercado Extra**), estará descaracterizando o princípio da seletividade facultada ao Estado constitucionalmente.

Veja-se que no acórdão acima citado foi beneficiada empresa de grande porte econômico, como está na iminência de ser também no presente caso (Lojas Americanas), que teve alíquota de ICMS reduzida para 17%, colocando-a em condição de igualdade com o menor consumidor de energia elétrica que paga o mesmo percentual por utilizar consumo mensal de 1 a 200 quilowatts.hora (art. 41, III, "c", 2.a da Lei nº 1.810/97), revelando-se a discrepância da situação posta e a temeridade de se abrir precedente nesse sentido, além de incorrer na violação aos princípios da capacidade contributiva, da isonomia e da razoabilidade previstos no artigo 145, § 1º da Carta Magna.

Enfim, **não se desconhece a natureza da essencialidade da prestação dos serviços de telecomunicações**, todavia, **interferir no processo de seletividade** em razão do grau atribuído pelo Estado a **esse ou aquele produto**, estabelecendo qual percentual da alíquota é mais adequada a ser aplicada, **estar-se-ia assumindo o Poder Judiciário a função de legislador positivo**, fato que encontra vedação no princípio da separação dos poderes e no regime de distribuição de competências tributárias previsto na Constituição Federal (art. 155, § 2º, CF).

Ademais, a **modificação de alíquota divergente** daquela estabelecida na lei **implica em medida de desoneração tributária**, fato que, nos termos do **artigo 150, §6º**, da Lei Maior, **só pode se realizado mediante lei específica**.  
*In verbis:*

*Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

*(...)*

*§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.*

Ressalte-se ser pacífico na Suprema Corte o entendimento de não competir ao Poder Judiciário **atuar como legislador positivo** para estabelecer isenções tributárias **ou redução de impostos não previstos em lei**.

Nesse sentido:

*EMENTA DIREITO TRIBUTÁRIO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. 1. O*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*entendimento da Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. Na esteira da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário, sob pretexto de atenção ao princípio da isonomia, atuar como legislador positivo concedendo benefícios tributários não previstos em lei. Precedentes. 2. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo interno conhecido e não provido. (AI 801087 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 08-03-2019 PUBLIC 11-03-2019).*

*Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LIMITAÇÃO COM GASTOS EM EDUCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Não cabe ao Poder Judiciário ampliar os limites estabelecidos em lei para a dedução, da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Física, de gastos com educação. Ao Judiciário não é permitido estabelecer isenções tributárias, redução de impostos ou deduções não previstas em lei, ante a impossibilidade de atuar como legislador positivo. 2. Agravo interno a que se nega provimento. Fixam-se honorários advocatícios adicionais equivalentes a 10% (dez por cento) do valor a esse título arbitrado nas instâncias ordinárias (Código de Processo Civil de 2015, art. 85, § 11). (RE 984419 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 07/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 16-05-2018 PUBLIC 17-05-2018)*

*Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. SEGUNDO AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ALEGADA SEMELHANÇA COM A MATÉRIA DISCUTIDA NO RE 736.090. INOCORRÊNCIA. MULTA PUNITIVA. PERCENTUAL DE 25% SOBRE O VALOR DA OPERAÇÃO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO ATUAR COMO LEGISLADOR POSITIVO. 1. O paradigma de repercussão geral (Tema 863 da RG) aplica-se exclusivamente para a fixação do limite máximo da multa fiscal qualificada prevista no art. 44, I, §1º, da Lei nº 9.430/1996. 2. Em relação ao valor máximo das multas punitivas, esta Corte tem entendido que são confiscatórias aquelas que ultrapassam o percentual de 100% (cem por cento) do valor do tributo devido. Precedentes. 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de não competir ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo para estabelecer isenções tributárias ou redução de impostos. Precedentes. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (ARE 905685 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 07-11-2018 PUBLIC 08-11-2018).*

*Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. SEGUNDO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. RESTRIÇÕES AO CREDITAMENTO DO IMPOSTO. ALTERAÇÃO DE PREMISSAS FÁTICAS ESTABELECIDAS NA ORIGEM. REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

**INFRACONSTITUCIONAL LOCAL. PROVIDÊNCIA VEDADA. SÚMULAS 279 E 280/STF. EXTENSÃO DE TRATAMENTO DIFERENCIADO A DESTINATÁRIOS NÃO CONTEMPLADOS NA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONDIÇÃO DE LEGISLADOR POSITIVO.**

1. O Tribunal de origem, partindo de premissas fáticas já estabelecidas e com fundamento na interpretação da legislação infraconstitucional aplicável (no caso, o Decreto nº 1944/1989 do Estado de Mato Grosso), concluiu que o ente político pode estabelecer determinadas restrições ao creditamento do imposto. 2. Dissentir das conclusões do acórdão recorrido demandaria o reexame da legislação infraconstitucional e do acervo fático-probatório, providência vedada em sede de recurso extraordinário. A hipótese atrai a incidência das Súmulas 279 e 280/STF. 3. A jurisprudência desta Corte fixou entendimento no sentido de que é inviável ao Poder Judiciário, com base no princípio da isonomia, estender tratamento diferenciado a destinatários não contemplados na legislação aplicável, sob pena de atuar na condição de legislador positivo. 4. Inaplicável o art. 85, §11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF). 5. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, §4º, do CPC/2015. (AI 788783 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/03/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-055 DIVULG 20-03-2018 PUBLIC 21-03-2018).

Os Tribunais Paranaense e Paulista ao analisarem situações análogas envolvendo o ICMS incidente sobre a energia elétrica e comunicação, reconheceram a constitucionalidade da lei estadual por entenderem que a essencialidade do produto ou serviço e a seletividade do tributo é ato de discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo, não podendo o Poder Judiciário interferir sobre o critério de fixação da alíquota por vedação imposta pelo princípio da separação dos poderes.

A propósito:

*INCIDENTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PLEITO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE ARTIGOS DE LEI ESTADUAL E DECRETO QUE DISCIPLINAM A ONERAÇÃO DO ICMS INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA NA ORDEM DE 27%. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE EM RAZÃO DA ESSENCIALIDADE DO PRODUTO. CRITÉRIO QUE CABE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AFERIR, SOB A ÓTICA DA DISCRICIONARIEDADE. PODER JUDICIÁRIO INCOMPETENTE PARA AFERIR TAL SITUAÇÃO, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INSTITUIÇÃO DE ALÍQUOTA NA ORDEM DE 27% QUE NÃO AFRONTA DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. INCIDENTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO IMPROCEDENTE, PARA O FIM DE DECLARAR A CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 14 DA LEI ESTADUAL Nº 11.580/1996 E 15, DO REGULAMENTO DO ICMS NO ESTADO DO PARANÁ, APROVADO PELO DECRETO Nº 5.141/2001. A Constituição Federal faculta o critério da seletividade do ICMS, entretanto, se adotado*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*deverá ocorrer de acordo com a essencialidade das mercadorias e serviços, e não de acordo com critérios outros. Levando-se em conta a essencialidade do produto ou serviço, a seletividade do tributo deve ser observada sob a ótica da discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo, não cabendo ao Poder Judiciário intervir em tal questão. Franquear ao Poder Judiciário a aferição do grau de essencialidade da energia elétrica para a aplicação do princípio da seletividade, ou seja, interferir sobre o critério de fixação da alíquota da energia elétrica atentaria obliquamente contra o princípio da separação dos poderes. Optando o legislador pela adoção do princípio da seletividade em função da essencialidade do tributo no Estado do Paraná, a fixação de alíquota incidente sobre a energia elétrica em 27%, a fim de promover o equilíbrio econômico-social-político governamental, não há falar em violação a Carta Magna, ainda mais quando esta autoriza que se adote tal posição, ou seja, de tratamento desigual entre partes desiguais, sendo, portanto, constitucionais os artigos 14 da Lei Estadual nº 11.580/1996 e 15, do Regulamento do ICMS no Estado do Paraná, aprovado pelo Decreto nº 5.141/2001. (TJPR - Órgão Especial - IDI - 174723-7/01 - Curitiba - Rel.: Desembargador Luiz Mateus de Lima - Unânime - J. 17.11.2006). (destacado)*

**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE** – Art. 34, § 1º, itens "4", "b", e "8", da Lei Estadual nº 6.374/89 – **Alíquota de ICMS incidente na prestação de serviços de energia elétrica e de comunicação** – Arguição de violação do princípio da seletividade, previsto no artigo 155, § 2º, III, da Constituição Federal, porque, no cotejo entre a essencialidade do objeto da tributação e a alíquota fixada, não observado o princípio da razoabilidade, limitador da discricionariedade do legislador – **Essencialidade dos serviços que não autorizaria tributação em patamar mais elevado (alíquota de 25%), enquanto serviços supérfluos recebem taxaço em menor percentual (12%)** – **INCONSTITUCIONALIDADE não configurada** – Norma constitucional que não impõe dever ao legislador ordinário, senão faculta a discricionária adoção da seletividade, "em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços" – **POSSIBILIDADE** de adoção de alíquotas diferenciadas relativamente aos mesmos serviços, como os de energia elétrica (objeto do pleito inicial), segundo critérios discricionários próprios, ainda considerando a essencialidade dos serviços sujeitos à tributação – Consumo de energia elétrica por conta residencial "que apresente consumo mensal acima de 200 KWh" taxado pela alíquota de 25%, enquanto o consumo inferior a esse patamar está sujeito à alíquota menor, de 12% – Percentual menor para a conta residencial mensal de menor consumo que, é de entender, leva em consideração o caráter essencial do serviço para residências menores, em contraposição a outras, de maiores dimensões e equipadas com maior quantidade de aparelhos eletrodomésticos e eletrônicos – Aspecto da questão que permite compreender (sem prejuízo da mesma essencialidade) incidente a progressividade tributária, "que na dicção do art. 145, § 1º, da Carta Constitucional, será adotada sempre que possível nos impostos, de modo a compatibiliza-lo com a capacidade tributária do contribuinte" – **IMPOSSIBILIDADE**, ademais, de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, e assim interferir na discricionariedade assegurada



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*pela Carta Maior ao legislador ordinário, "com o juízo de oportunidade e conveniência pertinente à atividade regulatória do Estado – Arguição de inconstitucionalidade rejeitada. (TJSP; Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0041018-45.2016.8.26.0000; Relator (a): João Carlos Saletti; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de São Carlos - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 08/03/2017; Data de Registro: 10/03/2017). (destacado)*

Nesse contexto, respeitando entendimento contrário, tem-se pela constitucionalidade do artigo 41, inciso VI, da Lei Estadual nº 1.810/97.

### Conclusão

Diante do exposto, contrariando o parecer da PGJ, **voto por não se conhecer do incidente em relação ao artigo 41-A, inciso II, da Lei Estadual nº 1.810/97** que trata da alíquota adicional ao ICMS de 2% destinada ao fundo de combate e erradicação da pobreza e, **por se rejeitar a arguição de inconstitucionalidade em relação ao artigo 41, inciso VI, da Lei Estadual nº 1.810/97**, devendo os autos retornar à consideração da e. 3ª Câmara Cível suscitante.

### **O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (1º Vogal)**

Acompanho o voto do Relator.

### **O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (2º Vogal)**

Acompanho o voto do Relator.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA SESSÃO DO DIA 15.04.2020 EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO DES. DORIVAL RENATO PAVAN E DO PERÍODO DE FÉRIAS/LICENÇA DO RELATOR, APÓS ESTE CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO E NA PARTE CONHECIDA REJEITAR A ARGUIÇÃO, O QUE FOI ACOMPANHADO PELOS DESEMBARGADORES SÉRGIO FERNANDES MARTINS E SIDENI SONCINI PIMENTEL. OS DEMAIS AGUARDAM. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE O DES. CARLOS EDUARDO CONTAR. (SUST. ORAL)



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

V O T O ( E M 2 0 / 0 5 / 2 0 2 0 )

**O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (4º Vogal)**

**I.**

Pedi vistas dos autos para analisar mais detidamente a presente arguição, principalmente sob o enfoque suscitado pela 3ª Câmara Cível ante a alegada inconstitucionalidade da alíquota de 27% estabelecida para os serviços de comunicação pela violação ao princípio da seletividade.

O eminente relator, Desembargador Julizar Barbosa Trindade, embora tenha reconhecido a essencialidade dos serviços de comunicação, entendeu que há óbice para adoção da alíquota genérica, em atenção ao Princípio da Separação de Poderes.

Com a devida vênia, ousou discordar.

Primeiramente, destaco que a decisão aqui a ser lançada, sem abdicar do papel próprio dos tribunais, que é a tutela de direitos, faz uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição Federal e da legislação em exame em diálogo institucional, ou seja, respeitando a Separação de Poderes, insere tanto no artigo 2º como no artigo 150, § 6º<sup>5</sup>, da Constituição Federal, primeiro porque **não se trata** de isenção ou subsídio, redução da base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, mas de aferição analítica e ponderada do critério da seletividade incidente sobre determinado serviço e, por consequência, a razoabilidade da alíquota adotada em detrimento daquelas já estipuladas no mesmo diploma regulador.

Essa aferição da razoabilidade analítica **em matéria tributária** há muito vem sendo adotada pelos órgãos superiores, uma vez que diante de lacuna, é admitida integração da legislação pelo poder judiciário, sendo certo que a alíquota genérica já havia sido estabelecida pelo poder legislativo.

Extraí-se a inteligência sopesada acima inclusive em julgados em sede de reperesentativo de controvérsia que conferem margem muito maiores para interpretação, a teor das conclusões abaixo sopesadas:

*TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. NÃO-CUMULATIVIDADE. CREDITAMENTO. CONCEITO DE INSUMOS. DEFINIÇÃO ADMINISTRATIVA PELAS INSTRUÇÕES NORMATIVAS 247/2002 E 404/2004, DA SRF, QUE TRADUZ PROPÓSITO RESTRITIVO E DESVIRTUADOR DO SEU ALCANCE LEGAL. DESCABIMENTO. DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE INSUMOS À LUZ DOS CRITÉRIOS DA ESSENCIALIDADE OU RELEVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015). 1. Para efeito do creditamento relativo às contribuições denominadas PIS e COFINS, a definição restritiva da compreensão de insumo, proposta na IN*

<sup>5</sup> Art. 150 da CF: "Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g."



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

247/2002 e na IN 404/2004, ambas da SRF, efetivamente desrespeita o comando contido no art. 3o., II, da Lei 10.637/2002 e da Lei 10.833/2003, que contém rol exemplificativo.

2. O conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, vale dizer, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte.

3. Recurso Especial representativo da controvérsia parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido, para determinar o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que se aprecie, em cotejo com o objeto social da empresa, a possibilidade de dedução dos créditos relativos a custo e despesas com: água, combustíveis e lubrificantes, materiais e exames laboratoriais, materiais de limpeza e equipamentos de proteção individual-EPI.

4. Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015), assentam-se as seguintes teses: (a) é ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF ns. 247/2002 e 404/2004, porquanto compromete a eficácia do sistema de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003; e (b) o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte.

(STJ, REsp 1221170/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 24/04/2018) (g.n.)

RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

- Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada.

- O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica ao casos de fornecimento de energia elétrica.

Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil.

(STJ, REsp 1299303/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 14/08/2012) (g.n.)

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ICMS. CONSUMIDOR



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*FINAL NÃO CONTRIBUINTE. AQUISIÇÃO NÃO PRESENCIAL. COBRANÇA PELO ESTADO DE DESTINO. 1. Ação direta de inconstitucionalidade em que se discute a possibilidade de o Estado de destino cobrar ICMS nos casos em que a mercadoria é adquirida de forma não presencial em outra unidade federativa por consumidor final não contribuinte do imposto. 2. No julgamento da ADI 4.628, Rel. Min. Luiz Fux, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a constitucionalidade do Protocolo nº 21/2011 do CONFAZ, firmou a orientação no sentido de que ofende a Constituição o estabelecimento da diferença de alíquotas do ICMS em favor do Estado destinatário na hipótese de venda direta ao consumidor final não contribuinte do imposto. 3. Nas recentes ADIs 4596 e 4712, Rel. Min. Dias Toffoli, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência, ressaltando que a “pretexto de corrigir desequilíbrio econômico, os entes federados não podem utilizar sua competência legislativa concorrente ou privativa para retaliar outros entes federados”. 4. Considerando a concessão de medida cautelar ex tunc nesta ação dias após a entrada em vigor da lei, a norma impugnada não teve a oportunidade de produzir efeitos, razão pela qual não se mostra necessária a modulação de efeitos desta decisão. 5. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente. Fixação da seguinte tese: “É inconstitucional lei estadual anterior à EC nº 87/2015 que estabeleça a cobrança de ICMS pelo Estado de destino nas operações interestaduais de venda de mercadoria ou bem realizadas de forma não presencial a consumidor final não contribuinte do imposto”.*

*(STF, ADI 4705, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 24-10-2019 PUBLIC 25-10-2019) (g.n.)*

Como se não bastasse as questões dirimidas nos julgados acima que atestam o afastamento da aventada tese como óbice à pretendida apreciação, o próprio Supremo Tribunal Federal já elencou como repercussão geral a matéria ora em apreço:

*IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ENERGIA ELÉTRICA – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – SELETIVIDADE – ALÍQUOTA VARIÁVEL – ARTIGOS 150, INCISO II, E 155, § 2º, INCISO III, DA CARTA FEDERAL – ALCANCE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade de norma estadual mediante a qual foi prevista a alíquota de 25% alusiva ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços incidente no fornecimento de energia elétrica e nos serviços de telecomunicação, em patamar superior ao estabelecido para as operações em geral – 17%.*

*(STF, RE 714139 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 12/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 25-09-2014 PUBLIC 26-09-2014)*

O ministro relator Marco Aurélio dispôs no voto condutor:

"(...)



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

2. O quadro é passível de repetir-se em inúmeros processos considerada a prática de alíquotas diferenciadas quanto a energia elétrica e serviços de comunicação. **Cumpra ao Supremo definir a espécie, sobretudo o alcance do disposto no artigo 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal, a prever que o ICMS poderá ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.**

3. Admito configurada a repercussão geral.

4. Insiram a matéria no denominado Plenário Virtual.

5. Ao Gabinete, para acompanhar a tramitação do incidente e, uma vez admitida a repercussão, a remessa do processo à Procuradoria Geral da República.

6. Publiquem." (g.n.)

Não foi, assim, elencado o impeditivo da Separação dos Poderes que desde logo esbarraria análise mais aprofundada da matéria, ainda mais no âmbito da repercussão geral, bem como não foram suspensos os feitos em andamento, o que também autoriza o prosseguimento da presente análise.

### II.

Estancado o ponto acima suscitado, cumpre examinar o dispositivo legal estadual alegadamente em confronto com o artigo 155, § 2º, III, da Constituição Federal. Por oportuno, a redação do artigo 41 da Lei Estadual n. 1.810/1997:

**"Art. 41. As alíquotas do ICMS ficam fixadas em:**

*I - doze por cento, nas seguintes hipóteses:*

*a) nas operações e nas prestações interestaduais, destinadas a contribuinte ou não do imposto, ressalvadas as operações com bens e mercadorias importados do exterior de que trata o inciso VII do caput deste artigo;*

*b) nas operações internas com óleo diesel; (Inciso I alterado pela Lei n. 5.205, de 5.6.2018 – DOMS, de 6.6.2018.)*

*II - Revogado pelo art. 4º da Lei n. 3.477, de 2007.*

**III - dezessete por cento, nas seguintes hipóteses:**

**a) operações internas e nas de importações, ressalvadas aquelas para as quais estejam previstas alíquotas específicas; (alterada pelo art. 1º da Lei n. 3.477, de 2007.)**

*b) prestações internas de serviços de transporte ou nas iniciadas ou prestadas no exterior;*

*c) operações internas com energia elétrica destinada:*

*1. a comerciantes, industriais e produtores;*

*2. a consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de um a duzentos quilowatts.hora (kWh);*

*3. à iluminação pública e aos poderes e aos serviços públicos;*

*d) aquisições em outra unidade da Federação de energia elétrica não destinada a comercialização ou industrialização, quando realizadas por:*

*1. comerciantes, industriais e produtores;*

*2. consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de um a duzentos quilowatts.hora (kWh);*

*3. órgãos ou empresas encarregados da iluminação pública ou da execução dos*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*serviços públicos;*

*4. poderes públicos;*

*e) aquisições em outra unidade da Federação de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando não destinados a comercialização ou industrialização, exceto a gasolina automotiva;*

*IV - vinte por cento, nas seguintes hipóteses:*

*a) operações internas com energia elétrica destinada a consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de 201 a quinhentos quilowatts.hora (kWh);*

*b) aquisições em outra unidade da Federação de energia elétrica não destinada a comercialização ou industrialização, quando realizadas por consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de 201 a quinhentos quilowatts.hora (kWh);*

*c) operações internas e de importação de cosméticos, perfumes e refrigerantes; (acrescentada pela Lei n. 4.751, de 2015.) (\*efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016.)*

*d) operações internas e de importação de álcool carburante; (acrescentada pelo art. 2º da Lei nº 5.434, de 13.11.2019- - DOMS, de 14.11.2019.) (\* efeitos após decorridos noventa dias da data da publicação.)*

*V - 25%, nas seguintes hipóteses:*

*a) operações internas e de importação com:*

*1. armas, suas partes, peças e acessórios e munições; (alterado pela Lei n. 4.751, de 2015.) (\*efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016.)*

*2. artigos de pirotecnia classificados na subposição 3604.10 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado (NBM/SH);*

*3. artigos para jogos de salão, classificados na posição 9504 da NBM/SH, exceto os do código 9504.90.0400;*

*4. asas-delta, balões e dirigíveis classificados nos códigos 8801.10.0200 e 8801.90.0100 da NBM/SH;*

*5. embarcações de esporte e de recreio classificadas na posição 8903 da NBM/SH;*

*b) operações internas com energia elétrica destinada a consumidores residenciais cujo consumo mensal seja acima de quinhentos quilowatts.hora (kWh);*

*c) revogada pelo art. 7º da Lei nº 5.434, de 13.11.2019- - DOMS, de 14.11.2019. (\*Efeitos a partir de noventa dias da data de publicação.)*

*d) revogada pelo art. 7º da Lei nº 5.434, de 13.11.2019- - DOMS, de 14.11.2019. (\*Efeitos a partir de noventa dias da data de publicação.)*

*e) aquisições em outra unidade da Federação de energia elétrica não destinada a comercialização ou industrialização, quando realizadas por consumidores residenciais cujo consumo mensal seja acima de quinhentos quilowatts.hora (kWh);*

*f) prestações internas de serviços de comunicação ou nas iniciadas ou prestadas no exterior.*

*f) Revogada pelo art. 4º da Lei n. 2.596, de 2002.*

***VI - vinte e sete por cento nas prestações internas de serviços de comunicação ou nas iniciadas ou prestadas no exterior. (Acrescentado pelo art. 1º da Lei n. 2.596, de 2002.)***

*VII - quatro por cento, nas operações interestaduais, destinadas a*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*contribuinte ou não do imposto, com bens e mercadorias importados do exterior que, após seu desembaraço aduaneiro: (alterado pelo art. 1º da Lei n. 4.743, de 2015.)*

*a) não tenham sido submetidos a processo de industrialização;*

*b) ainda que submetidos a qualquer processo de transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento, reacondicionamento, renovação ou recondicionamento, resultem em mercadorias ou bens com conteúdo de importação superior a 40% (quarenta por cento). (Inciso VII acrescentado pelo art. 1º da Lei n. 4.286, de 2012.)*

*VIII - vinte e oito por cento nas operações internas ou de importação de bebidas alcoólicas, fumo, cigarros e demais produtos derivados do fumo, sendo que deste total:*

*a) vinte e sete por cento será destinado ao Tesouro do Estado;*

*b) um por cento será destinado ao Fundo de Investimentos Sociais (FIS), para a celebração de termos de colaboração, termos de fomento ou acordos de cooperação com organizações da sociedade civil que atuem no atendimento, prevenção e na recuperação de dependentes de álcool e de outras drogas, ou que atendam pessoas com deficiência ou idosos abrigados em longa permanência, bem como as instituições de acolhimento institucional que ofereçam acolhimento provisório para crianças e adolescentes afastados do convívio familiar por meio de medida protetiva (ECA artigo 101, inciso VII), sendo que desse total 1/3 (um terço) será destinado à área de saúde, e 2/3 (dois terços) à área de assistência social, devendo ser aplicados nos termos dos artigos 29 e 30 da Lei Federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014. (Alterada pela Lei nº 4.960, de 19.12.2016 – DOMS, de 21.12.2016.)*

*IX - trinta por cento, nas seguintes hipóteses:*

*a) operações internas ou de importação de gasolina automotiva;*

*b) aquisições em outra unidade da Federação de gasolina automotiva não destinada a comercialização ou a industrialização. (Inciso IX acrescentado pelo art. 2º da Lei nº 5.434, de 13.11.2019- - DOMS, de 14.11.2019.) (\* Efeitos a partir da data em que atendida a anterioridade tributária anual e a nonagesimal de que tratam as alíneas “b” e “c” do inciso III do art. 150 da Constituição Federal)*

*§ 1º Nas aquisições, em licitação promovida pelo Poder Público, de mercadoria ou bem importados do exterior e apreendidos ou abandonados, são aplicadas as alíquotas:*

*I - interna correspondente, nos casos em que o adquirente esteja estabelecido ou domiciliado neste Estado; (alterado pelo art. 1º da Lei n. 4.743, de 2015.)*

*II - interestadual, nos casos em que o adquirente esteja estabelecido ou domiciliado em outro Estado, observado o disposto no inciso VII do caput deste artigo. (Alterado pelo art. 1º da Lei n. 4.743, de 2015.) § 2º É aplicada a alíquota de dezessete por cento, nas importações ou nas aquisições no mercado local efetivadas pelas polícias civis e militares e por quaisquer órgãos da Administração Direta e Indireta da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios de armas, suas partes, peças e acessórios e munições.*

*§ 2º-A. Nas operações de exportação para o exterior de mercadorias e serviços de comunicação, sendo tributadas, a alíquota é de treze por cento. (Acrescentado pelo art. 1º da Lei n. 5.153, de 28.12.2017 – DOMS, de 29.12.2017.)*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

§ 3º Na devolução de mercadoria, ou bem importado, aplica-se a mesma alíquota utilizada na operação originária, ressalvado o caso em que a remessa se deu para simples armazenamento.

§ 4º Revogado pelo art. 4º da Lei n. 4.743, de 2015.

§ 5º A fim de atender ao processo de desenvolvimento do Estado, o Poder Executivo pode reduzir a alíquota de energia elétrica até o limite das operações interestaduais, mediante avaliação dos conselhos específicos, por prazo não superior a dez anos, aplicada a estabelecimentos produtores e industriais.

§ 6º O disposto no inciso VII do caput não se aplica: I - às operações com gás natural importado do exterior; II - aos bens e às mercadorias importados do exterior que não tenham similar nacional, definidos em lista editada pelo Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior (Camex); III - aos bens e às mercadorias comprovadamente produzidos em conformidade com os processos produtivos básicos de que tratam: a) o Decreto-Lei n. 288, de 28 de fevereiro de 1967, referente à Zona Franca de Manaus, com as alterações de que tratam as Leis Federais n. 8.387, de 30 de dezembro de 1991, e n. 10.176, de 11 de janeiro de 2001; b) a Lei Federal n. 8.248, de 23 de outubro de 1991, que dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, com as alterações de que trata a Lei Federal n. 10.176, de 2001; c) a Lei Federal n. 11.484, de 31 de maio de 2007, que dispõe sobre incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados. (§ 6º acrescentado pelo art. 1º da Lei n. 4.286, de 2012.)

§ 7º Na hipótese do inciso VII do caput, aplicam-se as normas, os critérios, os procedimentos e as obrigações acessórias, inclusive de certificação do conteúdo de importação e de controle, aprovados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), que devem ser reproduzidos, implementados e, se necessário, complementados no regulamento. (Acrescentado pelo art. 1º da Lei n. 4.286, de 2012.)" (g.n.)

Como se vê, a legislação estadual OPTOU por adotar a seletividade como critério para adoção de alíquotas diferenciadas, a teor do quanto oportunizado pelo artigo 155, § 2º, da Constituição Federal, que, por sua vez, fixa a diretriz:

"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;" (g.n.)

Infere-se, pois, que o princípio da *seletividade* importa em fixar *alíquotas* em patamares tão menores conforme for maior a essencialidade dos bens



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

e serviços a serem tributados, observada a variedade de bens e serviços. O texto constitucional conferiu margem de discricionariedade ao legislador para conferir *seletividade* na incidência do ICMS.

Não se olvida, assim, a faculdade conferida ao legislador estadual a respeito da seletividade da alíquota em função da essencialidade da mercadoria ou do serviço sobre o qual incide o ICMS, tal como dispõe de forma clara o inciso III do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal, segundo o qual o Estado "**poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços**".

Ocorre que é evidente que se o Estado opta pela aplicação da seletividade, o que era inicialmente uma faculdade passa a ser uma obrigação, não podendo o legislador, a seu bel prazer, **estabelecer alíquotas destituídas de relação com a essencialidade ou não do serviço**.

Acerca do tema, LEANDRO PAULSEN<sup>6</sup> de maneira profícua expõe:

*"Autorização para a utilização da técnica da seletividade. Relativamente ao ICMS, a Constituição autoriza a seletividade. Já para o IPI, é imperativa, determinando que seja seletivo em função da essencialidade do produto, conforme se vê do art. 153, § 3º, I, da CF.*

***Adotada a seletividade, impõe-se a observância do critério de essencialidade.***

*'... A seletividade é facultativa para o ICMS, mas o critério desta, uma vez adotada, só pode ser o da essencialidade das mercadorias ou dos serviços sobre os quais esse imposto incide'. (MACHADO, Hugo de Brito, O ICMS no Fornecimento de Energia Elétrica: Questões da Seletividade e da Demanda Contratada. RDDT 155, ago/08, p. 48)*

*Essencialidade da energia elétrica e da comunicação. Questionam-se a seletividade do ICMS sobre a energia elétrica e sobre as comunicações, pois reflete nas contas de energia e de telefone tanto das pessoas físicas como das pessoas jurídicas. Efetivamente, trata-se de mercadoria e de serviço essenciais, bastando ver que não se pode prescindir da energia para o funcionamento de qualquer residência ou estabelecimento empresarial. As necessidades mais básicas dependem de energia, como produzir luz, refrigerar alimentos, ligar um computador. A essencialidade das comunicações, por sua vez, pode ser vislumbrada pelo número de aparelhos celulares ativos no país, que supera o número de habitantes. A alíquota de 25% aplicável nesses casos é altíssima, superior às alíquotas comuns de 17% ou 18% do ICMS aplicável sobre a circulação da generalidade das mercadorias, conforme o Estado, de modo que a seletividade mostra-se, sim, desrespeitada. O TJRJ reconheceu o excesso de alíquota de 25%, determinando a aplicação da alíquota genérica de 18%." (g.n.)*

E RICARDO ALEXANDRE<sup>7</sup> agrega: "**Caso o legislador estadual opte por adotar a seletividade, as alíquotas deverão ser fixadas de acordo com a essencialidade do produto**, sendo menores para os gêneros considerados essenciais e maiores para os supérfluos, de forma a gravar de maneira mais onerosa os bens consumidos principalmente pelas pessoas de maior capacidade contributiva,

<sup>6</sup> in *Direito Tributário Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*, 16ª ed., Livraria do Advogado, 2014, p. 818-819.

<sup>7</sup> in *Direito Tributário Esquemático*, 9ª ed., Método, 2015, p. 566.



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*desonerando os bens essenciais, consumidos por pessoas integrantes de todas as classes sociais" (g.n.).*

Dessume-se indubitável do consenso tributário que uma vez adotada a seletividade, esta concepção deve ser adotada para a fixação das alíquotas correlatas.

Cumpre, então, averiguar o critério da seletividade em função da essencialidade para se aferir a pertinência da diferenciação das alíquotas.

Esclarece com a clareza que lhe é peculiar HUGO DE BRITO MACHADO<sup>8</sup>: **"Essencialidade é a qualidade daquilo que é essencial. E essencial, no sentido em que se está aqui utilizando essa palavra, é o absolutamente necessário, o indispensável. Assim, muito fácil é concluirmos que o critério indicativo da essencialidade das mercadorias, para os fins da seletividade do ICMS, só pode ser o da necessidade ou indispensabilidade dessas mercadorias para as pessoas no contexto da vida atual em nosso País. Mercadoria essencial é aquela que se faz inviável a subsistência das pessoas, nas comunidades e nas condições de vida atualmente conhecidas entre nós. Assim, não nos parece razoável colocar-se em dúvida a essencialidade da energia elétrica. A alíquota do ICMS incidente sobre o seu consumo não deve ser maior do que aquela geralmente aplicável para as demais mercadorias"**.

Novamente invocando a explanação de LEANDRO PAULSEN<sup>9</sup>:

***"Seletividade em função da essencialidade do produto. Ser seletivo implica ter alíquotas diferenciadas dependendo do produto (individualmente considerado) ou do tipo de produto (se alimentício, de higiene, têxtil etc), sendo que o critério para tal seletividade é dado pelo próprio contribuinte: o grau de essencialidade do produto. Trata-se de uma técnica de tributação que atende ao princípio da capacidade contributiva. RICARDO LOBO TORRES chega a referir-se a ela como um dos 'subprincípios da capacidade contributiva, a significar que o tributo deve incidir progressivamente na razão inversa da essencialidade dos produtos' (Curso de Direito Financeira e Tributário, 16ª ed. Renovar, 2009, p. 377). Certo é, em regra, que os produtos essenciais são consumidos por toda a população e que os produtos supérfluos são consumidos apenas por aqueles que, já tendo satisfeito suas necessidades essenciais, dispõem de recursos adicionais para tanto. A essencialidade do produto, pois, realmente constitui critério para diferenciação das alíquotas que acaba implicando homenagem ao princípio da capacidade contributiva."***(g.n.)

Segundo JOSÉ MAURÍCIO CONTI<sup>10</sup>: **"essa técnica de tributação consiste em se graduar as alíquotas de forma diferente segundo a essencialidade dos produtos, de modo que o imposto seja proporcionalmente mais elevado quanto mais supérfluo for o produto tributado, e os produtos indispensáveis tenham pouca ou nenhuma tributação"** (g.n.).

Tanto por isso já decidido na Excelsa Corte:

***Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇO DE ENERGIA***

<sup>8</sup> in *O ICMS no Fornecimento de Energia Elétrica: Questões da Seletividade e da Demanda Contratada*. RDDT 155, ago/08, p. 48.

<sup>9</sup> in *op. cit.*, p. 660.

<sup>10</sup> in *Sistema Constitucional Tributário/Interpretado pelos Tribunais*. Ed. Oliveira Mendes, 1997, p. 166.



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*ELÉTRICA E DE TELECOMUNICAÇÕES. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. PRINCÍPIO DE SELETIVIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Não obstante a possibilidade de instituição de alíquotas diferenciadas, tem-se que a capacidade tributária do contribuinte impõe a observância do princípio da seletividade como medida obrigatória, evitando-se, mediante a aferição feita pelo método da comparação, a incidência de alíquotas exorbitantes em serviços essenciais. II – No caso em exame, o órgão especial do Tribunal de origem declarou a inconstitucionalidade da legislação estadual que fixou em 25% a alíquota sobre os serviços de energia elétrica e de telecomunicações – serviços essenciais – porque o legislador ordinário não teria observado os princípios da essencialidade e da seletividade, haja vista que estipulou alíquotas menores para produtos supérfluos. III – Estabelecida essa premissa, somente a partir do reexame do método comparativo adotado e da interpretação da legislação ordinária, poder-se-ia chegar à conclusão em sentido contrário àquela adotada pelo Tribunal a quo. IV – Agravo regimental a que se nega provimento.*

*(STF, RE 634457 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014) (g.n.)*

Referido julgado manteve a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, por meio de seu Órgão Especial, declarou a inconstitucionalidade do art. 14, VI, b, da Lei n. 2.657/1996, o qual possui a mesma redação do já julgado inconstitucional artigo 14, VI, item 2, do Decreto n. 27.427/2000, cuja ementa da Arguição de Inconstitucionalidade 2008.017.00021, de relatoria do Desembargador José Mota Filho:

*"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 14, VI, 'B', DA LEI Nº 2.657/96, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, COM A NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI 4.683/2005, QUE FIXA EM 25% (VINTE E CINCO POR CENTO) A ALÍQUOTA MÁXIMA DE ICMS SOBRE OPERAÇÕES COM ENERGIA ELÉTRICA. ANTERIOR DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14, VI, ITEM 2 E VIII, ITEM 7, DO DECRETO ESTADUAL Nº 27.427/2000, REGULAMENTADOR DAQUELA LEI, NA ARGUIÇÃO Nº 27/2005 JULGADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTE EG. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. LEI IMPUGNADA QUE ADOTA IDÊNTICOS FUNDAMENTOS DO DECRETO, VIOLANDO OS PRINCÍPIOS DA SELETIVIDADE E DA ESSENCIALIDADE ASSEGURADOS NO ART. 155, § 2º, DA CARTA MAGNA DE 1988. PROCEDÊNCIA DA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14, VI, 'B', DA LEI 2.657/96, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DECISÃO UNÂNIME." (g.n.)*

Em outro valoroso precedente, a Ministra Rosa Weber no julgamento do RE n. 607253 AgR, de sua relatoria junto a Primeira Turma da Suprema Corte, em 07/08/2012 precisamente acentuou: "No caso, a alíquota do ICMS para prestação dos serviços ora mencionados não pode ser equiparada, por conta da essencialidade, às



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

operações com refrigerantes, cigarro, charuto e similares, pois, sendo o fornecimento de energia elétrica e o serviço de comunicação aspectos da dignidade humana, a seletividade constitui medida obrigatória. Assim, a incidência da alíquota de 25% em tais serviços é desarrazoada quando comparada, por exemplo, àqueles incidentes nos serviços de transporte e de distribuição e comercialização de alimentos (12%). (...) De outra parte, não obstante a possibilidade de instituição de alíquotas diferenciadas, conforme a capacidade tributária do contribuinte, o posicionamento ora defendido visa proteger o princípio constitucional da seletividade, evitando, mediante a aferição feita pelo método da comparação, a incidência de alíquotas exorbitantes sem serviços essenciais”.

Seguindo a mesma linha de pensamento, a Procuradoria Geral da República, ao se manifestar no RE n. 714.139/SC, objeto de repercussão geral, igualmente observou no parecer lançado naquele feito em caso idêntico ao dos autos:

*"O reconhecimento da obrigatoriedade de aplicação da seletividade por critério de comparação é desdobramento do princípio da igualdade tributária (CF, art. 150, II), na perspectiva dos impostos reais e indiretos. O seu paralelo, no contexto dos impostos pessoais, é a progressividade, que, na dicção do art. 145, § 1º, da Carta Constitucional, será adotada sempre que possível nos impostos, de modo a compatibilizá-los com a capacidade econômica do contribuinte. De mais a mais, ainda que fosse o caso de considerar-se facultativa a aplicação da seletividade ao ICMS, uma vez feita a opção do legislador estadual pelo princípio da seletividade, passará, por lógica, a ser obrigatória a utilização do critério de comparação em virtude da essencialidade dos bens e serviços. Os mais essenciais deverão ser submetidos a alíquotas menores do que as destinadas aos supérfluos. As alíquotas devem ser inversamente proporcionais à essencialidade, para impedir que sua definição seja permeada de subjetivismo. Ao tomar de empréstimo do IPI a seletividade para colocá-la também no contexto do ICMS, o constituinte introduziu nesta exação, antes eminentemente fiscal, o componente de extrafiscalidade presente no Imposto de Importação, Imposto de Exportação, IOF e IPI.*

*Tem o ICMS, na sua atual conformação constitucional, não só a função de arrecadar receitas para Estados e Distrito Federal, mas também de facilitar a circulação de mercadorias e a prestação de serviços essenciais, de um lado, e de desestimular a de supérfluos e produtos prejudiciais à saúde da população, de outro. Segundo o magistério de Roque Antônio Carraza<sup>11</sup>, a seletividade do ICMS pode ser alcançada por mais de uma técnica, como é o caso da criação de alíquotas diferenciadas, da variação de bases de cálculo e da criação de incentivos fiscais. Contudo, é na esfera da variação de alíquotas que a seletividade se faz mais facilmente alcançável.*

*E esse é o ponto em que a Lei estadual catarinense 10.297/1996 deixou de atender ao art. 155, § 2º, III, da Constituição e, por corolário, ao princípio da igualdade tributária. Segundo o inciso I de seu art. 19, a alíquota geral de incidência do ICMS no Estado de Santa Catarina, em operações e prestações internas e interestaduais, é de 17% (dezessete por cento). O legislador estadual, abraçando a seletividade, discriminou, no*

<sup>11</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 460-461.



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*entanto, alíquota especial superior, no patamar de 25 % (vinte e cinco por cento), para operações com energia elétrica, produtos supérfluos, gasolina automotiva, álcool carburante e prestação de serviços de comunicação.*

*De outra parte, aplicou alíquota reduzida a 12% (doze por cento) a, entre outras mercadorias e serviços, operações com energia elétrica de consumo domiciliar até 150 kWh (cento e cinquenta quilowatts-hora) e as destinadas a produtor rural e cooperativas rurais redistribuidoras, na parte que não exceder a 500 kWh (quinhentos quilowatts-hora) mensais por produtor rural. Observa-se, de plano, a desproporcionalidade entre a alíquota geral e a aplicada à energia elétrica e aos serviços de comunicação. Esse contraste é ainda mais nítido quando se tem em mente que a mesma alíquota incidente sobre produtos supérfluos é destinada à energia e às telecomunicações, essenciais ao exercício da dignidade humana.*

(...)

*Por outro lado, ao tributar sobremaneira o consumidor comum de energia e serviços de telecomunicação, o legislador estadual criou fator de discrimen que malfero o direito do contribuinte à facilitação do acesso a esses produtos/serviços. O Poder Judiciário tem não apenas a competência, mas igualmente o dever de investigar a questão (CF, art. 5º, XXXV), de modo a afastar do cenário jurídico a lei inconciliável com a proteção constitucional ao contribuinte.*

*Eliminada a regra especial que estipula alíquota majorada para energia elétrica e telecomunicações, tem-se que o ICMS de ambas cairá automaticamente na regra geral do Estado-membro (hoje sob alíquota de 17%)." (g.n.)*

Ora, a essencialidade dos serviços de telecomunicações é tão evidente nos dias de hoje, estando salientada em outros diplomas legais federais muito antes da inclusão feita no código tributário estadual apenas em 2002, como bem apontado pelo eminente relator do feito originário, Desembargador Claudionor Abss Duarte (f. 193 do caderno principal):

*"Todavia, a prestação de serviços de comunicação, mesmo em ambiente empresarial, como é o caso dos autos, não tem nada de supérfluo, pois é parte essencial da logística de qualquer empreendimento. Inclusive é curioso que a alíquota para armas é de 25%, enquanto que para serviços de telecomunicações é de 27%, mesmo que não haja dúvida de que aquisição de armas é menos essencial do que a comunicação.*

*Em outras oportunidades, tive a oportunidade de manifestar o entendimento de que os serviços de telecomunicações são essenciais, conforme algumas lei buscaram assim explicitar, a título meramente exemplificativo, senão veja-se:*

*1) Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), editada na esteira das disposições constitucionais, reforça a importância e a essencialidade desses serviços ao prever, em seus arts. 2º e 5º, que o Poder Público tem o dever de garantir a toda a população o acesso aos serviços de telecomunicação, o qual deve observar os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade,*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço.*

2) Lei nº 7.783/89 (Lei de Greve) que, por reconhecer expressamente que os serviços de telecomunicação são essenciais, impõe que os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, sob pena de caracterização de abuso do direito de greve, que em seu art. 10, inciso VII, dispõe: "são considerados serviços ou atividades essenciais: (...) VII - telecomunicações";

3) O próprio Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, que em seu art. 22, estabelece a obrigatoriedade e continuidade das concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, exploram serviços públicos, o fornecimento de "serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos". (g.n.)

Discutir a essencialidade dos serviços de comunicação hoje beira a obviedade de dizer que quem tem fome precisa comer. Nenhum outro serviço é implementado sem antes se utilizar da comunicação. Os produtos são adquiridos e comercializados mediante a expedição de notas fiscais atreladas aos sistemas de controle municipal e estadual de receita; os pagamentos de um empregado doméstico dependem de lançamento no sistema federal *e-social*, os atendimentos médicos em postos de saúde e consultórios particulares são registrados ou intermediados por sistemas de comunicação; os processos judiciais dependem para serem peticionados e movimentados por advogados em sua esmagadora maioria de serviços de internet, bem como as decisões emanadas e proferidas, o lazer da sociedade atual reside igualmente nesse tipo de prestação, bastando aferir o número de telefones celulares *per capita* no país que supera a população em si<sup>12</sup>, enfim seria uma relação demasiadamente extensa para se alongar para constatar o óbvio: não se vive mais na sociedade contemporânea sem serviços de comunicação, de modo que a essencialidade é a própria natureza desse tipo de serviço.

Convém ressaltar a essencialidade dos serviços de comunicação sobremaneira exacerbada nesse período de enfrentamento à pandemia do coronavírus, que se não fosse a prestação em caráter fundamental, não se teria compras das mais diversas espécie por aplicativo e *sites*, aulas *on line* em substituição às escolas fechadas, consultas médicas via atendimento eletrônico, inclusive essa sessão de julgamento por videoconferência, instaurada para atender às demandas do Judiciário e com ampla participação de todos os envolvidos no processo, até mesmo com sustentação oral dos advogados, mantendo a devida prestação jurisdicional em dia.

Sob qualquer ótica que se analise a questão, não se escapa da essencialidade que deve pautar a fixação das alíquotas do ICMS para os serviços de comunicação em atenção ao Princípio da Seletividade expressamente adotado pelo Estado de Mato Grosso do Sul na regulação tributária, ademais se equiparar com armas, artigos de pirotecnia, artigos de jogos de salão, asas-delta, balões e dirigíveis, embarcações de esporte e recreio, já que todos são tributados a alíquota de 25%, sendo,

<sup>12</sup> Disponível em:

<https://link.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-ja-tem-mais-de-um-smartphone-ativo-por-habitante-diz-estudo-da-fgv,70002275238>



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

portanto, evidente a não observância ao Princípio da Seletividade, da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

**Revela-se, portanto, a alíquota de 27% sobre o serviço de comunicação contrária com a intenção do constituinte**, que previu a seletividade com o fito óbvio de que a alíquota fosse inversamente proporcional à essencialidade do serviço, ou seja, quanto mais essencial for o serviço ou a mercadoria, **menor deverá ser a alíquota sobre ele incidente** e, quanto menos essencial ou mais supérfluo for a mercadoria ou o serviço, maior a alíquota incidente, autorizando a adoção da alíquota genérica de 17% prevista no artigo 41, III, "a", da Lei Estadual n. 1.810/1997 ante a patente a inconstitucionalidade do inciso VI do mesmo dispositivo.

Corroborando o raciocínio sopesado acima o bem lançado parecer ministerial de lavra do eminente Procurador Geral de Justiça Humberto de Matos Brittes (f. 155-163):

*"Analisando-se detidamente os autos, verifica-se presente a inconstitucionalidade suscitada, devendo o presente incidente ser julgado procedente.*

*É cediço que o princípio da seletividade disposto no art. 155, §2º, III, da CF está endereçado ao poder legislativo, consagrando uma faculdade a este de realizar a seletividade em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.*

*Acerca do assunto, a doutrina consagra:*

*Trata-se de um Princípio orientador e não impositivo, quanto ao ICMS. Pauta-se pela estipulação de alíquotas diferenciadas para certos produtos e/ou serviços, para mais ou para menos, com base na seletividade, em função da essencialidade. A seletividade decorre da conceituação do que é mais essencial ou do que é menos essencial ou supérfluo, visando-se à minimização da carga tributária daquilo que é mais essencial e maior onerosidade do que é dispensável. 1*

*O ICMS poderá ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços. Não se pode, porém, entender que, aplicada ao ICMS, a seletividade seja um princípio, porque se trata apenas de simples faculdade. No caso do IPI temos um princípio, porque se trata de vetor que dá ao imposto uma diretiva fundamental.*

*Tudo o que ali se disse se aplicará à seletividade do ICMS, sendo adotada.*

*De fato, diferentemente do estabelecido para o IPI, onde a seletividade é obrigatória (art. 153, IV, §3º, I), a Constituição Federal deixou a cargo do Poder Legislativo Estadual regulamentar o ICMS em suas peculiaridades, de modo que a ele compete facultativamente estabelecer alíquotas diferenciadas conforme a essencialidade do serviço e ou da mercadoria.*

*No caso presente, contudo, o legislador estadual optou por estabelecer alíquotas diferenciadas levando-se em conta a essencialidade do serviço ou da mercadoria, de modo que, em se fazendo essa opção, deveria fazê-lo em compatibilidade com os preceitos estabelecidos no art. 150, II, da Constituição, que assim dispõe:*

*Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

*[...] II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;*

*Em verdade, é desdobramento do princípio da igualdade tributária (CF, art. 150, II) o reconhecimento da aplicação da seletividade por critério de comparação, na perspectiva dos impostos reais e indiretos.*

*No contexto dos impostos pessoais, o seu correspondente seria a progressividade, que, nos termos do art. 145, § 1º, da Constituição Federal, deve ser adotada sempre que possível nos impostos, de modo a compatibilizá-los com a capacidade econômica do contribuinte.*

*Desse modo, uma vez feita a opção do legislador estadual pelo princípio da seletividade, entende-se que passa a ser obrigatória a utilização do critério de comparação em virtude da essencialidade dos bens e serviços, de forma que os mais essenciais devem ser submetidos a alíquotas menores se comparados àqueles destinados aos supérfluos. Portanto, as alíquotas devem ser inversamente proporcionais à essencialidade, para impedir que sua definição seja permeada de subjetivismo.*

*No caso, o constituinte introduziu o caráter da extrafiscalidade, como ocorre no caso do Imposto de Importação, Exportação, IPI e IOF, de modo que tal exação não possui apenas a função de arrecadar receitas para os Estados e DF, mas também visa facilitar a circulação de mercadorias e a prestação de serviços tidos por essenciais, desestimulando, por outro lado, aqueles supérfluos e/ou prejudiciais à saúde da população.*

*Nesse passo, verifica-se que o dispositivo estadual impugnado deixou de atender ao disposto no art. 155, §2º, III, da CF, violando o princípio da igualdade tributária.*

*Nos termos do inciso I do art. 41, a alíquota de incidência do ICMS no Estado de Mato Grosso do Sul, em operações e prestações interestaduais, ressalvadas as operações com bens e mercadorias importadas do exterior de que trata o inciso VII do caput do artigo, e em operações internas com óleo diesel é de 12 % (doze por cento).*

*Em geral, nas operações internas e nas de importações, nas prestações internas de serviços de transporte ou nas iniciadas e prestadas no exterior, e nas produtoras; a consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de um a duzentos quilowatts. hora (kWh); à iluminação pública e aos poderes e aos serviços públicos; a alíquota foi fixada em 17% (dezessete por cento), nos termos do inciso II, do mesmo artigo.*

*Ainda em razão da seletividade, o legislador estadual discriminou alíquota especial superior, no patamar de 25 % (vinte e cinco por cento), para operações com armas, suas partes, peças e acessórios e munições; artigos de pirotecnia; artigos para jogos de salão; asas-delta, balões e dirigíveis; embarcações de esporte e de recreio.*

*No questionado inciso VI, a alíquota de 27% (vinte e sete por cento) nas prestações internas de serviços de comunicação ou nas iniciadas ou prestadas no exterior ficou bem próxima àquela estabelecida nas operações internas ou de importação de bebidas alcoólicas, fumo, cigarros e demais produtos derivados do fumo (28% - inciso VIII do art. 41).*

*Verifica-se, portanto, que, de uma maneira geral, o Estado cumpriu bem o critério da seletividade, em razão da natureza essencial dos*



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

*produtos e dos serviços, como exemplo, no fornecimento de energia elétrica, para quem consome mais do que a média e sem qualquer justificativa de produção, arcará com alíquotas maiores, do mesmo modo que na aquisição de produtos supérfluos, tais como armas, cigarros, joias, perfumes, etc., onde também se estipulou alíquotas maiores do que a de 17%.*

*Todavia, a desproporcionalidade entre a alíquota geral aplicada e àquela incidente sobre os serviços de comunicação é evidente, próxima a estabelecida para produtos supérfluos e prejudiciais à saúde como é o caso das operações internas ou de importação de bebidas alcoólicas, fumo e cigarros.*

*É certo que a prestação de serviços de comunicação, mesmo em ambiente empresarial, como é o caso, é essencial para a logística de qualquer empreendimento. Nesse passo, é desarrazoado e desproporcional que a alíquota para armas seja de 25%, enquanto que para serviços de telecomunicações esteja no patamar superior de 27%.*

*(...)*

*Fato é que ao tributar sobremaneira os serviços de telecomunicação, se comparada à alíquota ordinária do imposto, e, ainda, àquela incidente sobre produtos e serviços considerados supérfluos, o legislador acaba por criar fator de discrimen que malfeire o direito do contribuinte à facilitação do acesso a esse serviço, em afronta os princípios constitucionais da seletividade, capacidade contributiva, vedação ao confisco, proporcionalidade e razoabilidade.*

*Em sendo assim, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, de modo que não há que se falar em usurpação de competência do legislativo, mas de se garantir a proteção constitucional ao contribuinte.*

*(...)*

*Em relação aos efeitos resultantes da presente declaração incidental, tendo em vista os graves reflexos econômicos e sociais que podem advir de tal declaração, manifesta-se este órgão ministerial pela modulação dos efeitos pro futuro, afim de que o Estado possa adaptar toda a sua legislação em face do princípio da seletividade e estabelecer novas previsões orçamentárias, recalculando suas receitas e se evitando um desequilíbrio nas contas estatais.*

*Por todo o exposto, o Ministério Público Estadual, por seu Procurador-Geral de Justiça em Exercício, manifesta-se pela procedência do presente Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, declarando-se a inconstitucionalidade do art. 41, inciso VI, e art. 41-A, II, da Lei Estadual n. 1.910/97, com modulação dos efeitos da decisão pro futuro."*

Por todo o exposto, conclui-se que o alto grau de essencialidade dos serviços de comunicação evidenciam a inconstitucionalidade do inciso VI do artigo 41 da Lei Estadual n. 1.810/1997 ao prever a tributação do ICMS mediante alíquota majorada de 27% em manifesta violação ao Princípio da Seletividade, previsto no artigo 155, § 2º, III, da Constituição Federal, devendo a lacuna da reconhecida inconstitucionalidade ser suprimida pelo inciso III, "a", do mesmo artigo (artigo 41 da Lei Estadual n. 1.810/1997) com a adoção do percentual de 17%.



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Derradeiramente, ante a falta de dedução de argumentos quanto à previsão do artigo 41-A da Lei Estadual n. 1.810/1997 e uma eventual inconstitucionalidade desde a exordial do feito originário, deixo de apreciá-lo, como também fez o relator deste incidente.

### III.

Não se descarta diante da conclusão adotada dos graves reflexos econômicos e sociais que a declaração de inconstitucionalidade do preceito legal estadual frente ao artigo 155, § 2º, III, da Constituição Federal acarretará acaso não **sejam modulados os efeitos**.

É patente o risco à segurança jurídica no caso subjacente, sobretudo em razão do excepcional interesse social na continuidade das prestações sociais de cunho estadual e no adimplemento geral dos compromissos assumidos pelo ente federado com base em seu orçamento.

Incide, pois, independentemente da formulação de pedido pelo Estado de Mato Grosso do Sul, o preceito do artigo 27<sup>13</sup> da Lei n. 9.868/1999, para que sejam estabelecidos *pro futuro* os efeitos da inconstitucionalidade reconhecida, a teor do quanto já possibilitado pelo Supremo Tribunal Federal em casos análogos, *v.g.*, RE n. 658026, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2014, REPERCUSSÃO GERAL.

Configura-se observado o modo menos menos gravoso para o solucionamento da inconstitucionalidade em apreço.

### IV.

Ante o exposto, com o parecer da Procuradoria-Geral da Justiça, julgo procedente o pedido, declarando a inconstitucionalidade do inciso VI do artigo 41 da Lei Estadual n. 1.810/1997, autorizando a adoção da alíquota genérica de 17% prevista no artigo 41, III, "a", da Lei Estadual n. 1.810/1997, com efeitos *pro futuro*, consoante artigo 27 da Lei n. 9.868/1999, contado da data da publicação deste acórdão.

**O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (5º Vogal)**

Acompanho o voto do Des, Pavan.

**O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (7º Vogal)**

Acompanho o voto do Relator.

**O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (8º Vogal)**

Acompanho o voto do Relator.

<sup>13</sup> Art. 27 da Lei n. 9.868/1999: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."



## Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

**O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (9º Vogal)**

Acompanho o voto do Relator.

**O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (11º Vogal)**

Acompanho o voto do Relator.

**O Sr. Des. João Maria Lós. (12º Vogal)**

Acompanho o voto do Relator.

**O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (13º Vogal)**

Acompanho o voto do Relator.

**O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (14º Vogal)**

Acompanho o voto do Relator.

### D E C I S Ã O

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E, CONTRA O PARECER, CONHECERAM EM PARTE DO RECURSO E NA PARTE CONHECIDA REJEITARAM A ARGUIÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DEIXARAM DE VOTAR OS DESEMBARGADORES CARLOS EDUARDO CONTAR, POR NÃO TER PARTICIPADO DO INÍCIO DO JULGAMENTO E OS DESEMBARGADORES RUY CELSO E MARCELO RASSLAN POR SE ENCONTRAREM EM FÉRIAS.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro  
Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 20 de maio de 2020.

eg