

Apelação Cível n. 0331884-37.2015.8.24.0023, da Capital
Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS INCIDENTE SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. ORDEM DENEGADA.

APELO INTERPOSTO PELA IMPORTADORA DE MÁQUINAS E FERRAMENTAS IMPETRANTE.

ALEGADA INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA DE 25%. ARGUMENTO IMPROFÍCUO. PATAMAR EXPRESSAMENTE PREVISTO NO ART. 19, INC. II, 'A', DA LEI ESTADUAL Nº 10.297/96. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SELETIVIDADE. MEDIDA RESPALDADA PELOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DA ISONOMIA. SENTENÇA MANTIDA.

"[...] Não obstante sustente, grande parte da doutrina, a inconstitucionalidade de leis estaduais que estabelecem alíquotas máximas (até 25%) para o ICMS incidente sobre operações com energia elétrica, sob o fundamento de que se trata de uma mercadoria tão essencial quanto qualquer outra de primeira necessidade, a incidência de alíquota mais elevada sobre as operações com energia elétrica não viola o princípio constitucional da seletividade fundado na essencialidade da mercadoria (art. 155, § 2º, inciso III, da CF/88), sobretudo porque não tem apenas o objetivo de abastecer os cofres públicos com os recursos financeiros necessários à manutenção das atividades estatais (fiscalidade), mas também o de evitar o consumo abusivo e o desperdício que, se não for controlado pelo Poder Público, poderá levar ao racionamento forçado da energia elétrica, comprometendo, indubitavelmente, o crescimento do País e, via de consequência, toda a sociedade brasileira' (TJSC - Apelação Cível n. 2007.030369-1, rel. Des. Jaime Ramos, j. 12.2.2010) [...]" (TJSC, Apelação Cível nº 0325646-02.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 04/10/2016).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0331884-37.2015.8.24.0023, da comarca da Capital 3ª Vara da Fazenda Pública em que é Apelante Ferramentas Gerais Comércio e Importação S/A e Apelados Diretor da Diretoria de Administração Tributária da Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina e outro.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso, todavia negando-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado em 31 de janeiro de 2017, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Jorge Luiz de Borba, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Carlos Adilson Silva e Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça Basílio Elias De Caro.

Florianópolis, 1º de fevereiro de 2017.

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Ferramentas Gerais-Comércio e Importação de Ferramentas e Máquinas Ltda. <<http://www.tg.com.br>>, contra decisão prolatada pelo juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da comarca da Capital, que nos autos do Mandado de Segurança nº 0331884-37.2015.8.24.0023 (disponível em <https://esaj.tjsc.jus.br/cpopq/show.do?Process_o.codigo=0N005D24F0000&processo.toro=23&uuidCatcha=sajcaptcha_beb7c387418048c1817020215d654872>, acesso nesta data), impetrado contra ato tido como abusivo e ilegal imputado ao Diretor de Administração Tributária do Estado de Santa Catarina, denegou a ordem almejada para reconhecer o direito ao recolhimento do ICMS-Imposto Sobre a Circulação de Bens e Serviços, incidente sobre o consumo de energia elétrica pela alíquota de 17% (dezessete por cento), prevista no art. 19, inc. I, da Lei Estadual nº 10.297/1996, e no art. 26, inc. I, do RICMS/SC (fls. 117/123).

Malcontente, a impetrante sustenta que, em razão do caráter essencial da energia elétrica, a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) exigida pela autoridade coatora "*[...] é cobrada em contrariedade ao princípio constitucional da seletividade em função da essencialidade [...]*", enaltecendo que "*[...] as mercadorias essenciais à população devem ser tributadas a uma alíquota menor do que as mercadorias que são consideradas supérfluas [...]*" (fl. 135).

Nesses termos - sobressaindo que a incidência da alíquota majorada "*ofende diretamente os princípios constitucionais da seletividade em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços, da isonomia e da não-discriminação tributária em razão da procedência ou destino dos bens [...]*" -, brada pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 132/141).

Na sequência, sobrevieram as contrarrazões, onde o Estado de Santa Catarina refuta uma a uma as teses manejadas por Ferramentas Gerais-Comércio e Importação de Ferramentas e Máquinas Ltda., clamando pelo

conhecimento e desprovimento da insurgência (fls. 147/153).

Ascendendo a esta Corte, vieram-me os autos conclusos (fl. 159).

Em Parecer do Procurador de Justiça Basílio Elias De Caro, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo (fls. 163/175).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Ab initio, observo que o togado singular não efetuou o juízo de admissibilidade da apelação interposta por Ferramentas Gerais-Comércio e Importação de Ferramentas e Máquinas Ltda., porquanto o art. 1.010, § 3º, do novo Código de Processo Civil - vigente à época, uma vez que protocolada em 23/08/2016 (fl. 132) -, estabelece a remessa do recurso ao Tribunal independente dessa providência, desde que cumpridas as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º da mesma norma.

Assim, por vislumbrar a tempestividade e o recolhimento do preparo (fl. 145), nos termos do art. 1.012 da Lei nº 13.105/15, recebo o apelo nos efeitos devolutivo e suspensivo, e dele conheço porque atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

Pois bem.

Ferramentas Gerais-Comércio e Importação de Ferramentas e Máquinas Ltda. interpôs o presente recurso objetivando a reforma da sentença que, nos autos do Mandado de Segurança subjacente, denegou a ordem almejada, argumentando, para tanto, que faz jus ao recolhimento do ICMS incidente sobre energia elétrica à alíquota de 17% (dezesete por cento), sendo indevida a respectiva incidência no patamar de 25% (vinte e cinco por cento).

Razão não assiste à importadora de máquinas e ferramentas apelante, visto que a pretensão vai de encontro ao que dispõe expressamente o art. 19, inc. II, *á* da Lei Estadual nº 10.297/96, segundo o qual:

As alíquotas do imposto, nas operações e prestações internas, inclusive na entrada de mercadoria importada e nos casos de serviços iniciados ou prestados no exterior, são:

I - 17% (dezesete por cento), salvo quanto às mercadorias e serviços relacionados nos incisos II a IV; .

II - 25% (vinte e cinco por cento) nos seguintes casos:

a) operações com energia elétrica; [...]. (grifei)

Ademais, a existência de discussão acerca da constitucionalidade da prefalada disposição legal no Recurso Extraordinário nº 714139/SC - ainda

pendente de julgamento, em razão de suposta afronta ao princípio da seletividade -, não é suficiente, por si só, para corroborar a pretensão da suplicante.

Aliás, a incidência do ICMS no patamar de 25% (vinte e cinco por cento) sobre energia elétrica não afronta os princípios constitucionais da seletividade, da isonomia e da capacidade contributiva.

Nessa linha:

APELAÇÃO CÍVEL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. ALÍQUOTA DE 25% (VINTE E CINCO POR CENTO). FINS COMERCIAIS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SELETIVIDADE, EM RAZÃO DA ESSENCIALIDADE DO PRODUTO (ART. 155 § 2º, III), DA ISONOMIA (ART. 150, II) E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA (ART. 145, § 1º). INOCORRÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível nº 2014.072566-2, de Chapecó, rel. Des. Subst. Paulo Ricardo Bruschi, j. 28/04/2015).

Roborando esse entendimento:

APELAÇÃO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. ALÍQUOTA DE 25% (VINTE E CINCO POR CENTO). INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SELETIVIDADE. TRIBUTAÇÃO ESCALONADA CÔNSONA COM OS PRINCÍPIOS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DA ISONOMIA. RECURSO DESPROVIDO. "1. Não obstante sustente, grande parte da doutrina, a inconstitucionalidade de leis estaduais que estabelecem alíquotas máximas (até 25%) para o ICMS incidente sobre operações com energia elétrica, sob o fundamento de que se trata de uma mercadoria tão essencial quanto qualquer outra de primeira necessidade, a incidência de alíquota mais elevada sobre as operações com energia elétrica não viola o princípio constitucional da seletividade fundado na essencialidade da mercadoria (art. 155, § 2º, inciso III, da CF/88), sobretudo porque não tem apenas o objetivo de abastecer os cofres públicos com os recursos financeiros necessários à manutenção das atividades estatais (fiscalidade), mas também o de evitar o consumo abusivo e o desperdício que, se não for controlado pelo Poder Público, poderá levar ao racionamento forçado da energia elétrica, comprometendo, indubitavelmente, o crescimento do País e, via de consequência, toda a sociedade brasileira." (TJSC - Apelação Cível n. 2007.030369-1, rel. Des. Jaime Ramos, j. 12.2.2010), ademais do que se trata de medida respaldada pelos princípios tributários da capacidade contributiva e da isonomia. (TJSC, Apelação Cível nº 0325646-02.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 04/10/2016).

A propósito, em razão da sua pertinência e adequação, abarco

integralmente a intelecção professada pelo eminente Procurador de Justiça Basílio Elias De Caro (fls. 163/175), por sua própria racionalidade e jurídicos fundamentos, que reproduzo, consignando-a em meu voto, nos seus precisos termos, como razões de decidir:

[...] Como se vê, o legislador estadual equiparou, com algumas exceções, os serviços de energia elétrica a outros produtos supérfluos, tais como bebidas alcoólicas, cigarros, perfumes e cosméticos, para fins de pagamento do ICMS, fixando a alíquota máxima de 25%.

É justamente aqui que reside o inconformismo da apelante, porquanto alega que a prestação de energia elétrica é serviço essencial que não poderia ser equiparado a outros produtos supérfluos, de modo que o inciso II do art. 19 da Lei Estadual n. 10.297/96 ofende os princípios da seletividade e da isonomia.

Insculpido no inciso III do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, o princípio da seletividade dispõe que o ICMS poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.

A técnica da seletividade, em função da essencialidade, consiste na fixação de alíquotas de ICMS menores para produtos e serviços considerados essenciais para a sociedade, ao passo que produtos e serviços não essenciais sofrem tributação maior, pela incidência de alíquotas mais elevadas.

O primeiro ponto acerca do princípio da seletividade é que a Constituição Federal, ao estabelecer que o ICMS poderá ser seletivo, confere uma margem maior de atuação ao legislador estadual em relação à aplicação da técnica da seletividade.

Não significa dizer que o legislador estadual não está obrigado a observar a seletividade. Na verdade, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, é possível assentar que o princípio da seletividade consagra, em última análise, os princípios da capacidade contributiva e da isonomia tributária, que são direitos fundamentais do contribuinte e, portanto, de observância obrigatória.

Assim, o legislador estadual tem o dever de observar a seletividade no ICMS.

Porém, diferentemente do que ocorre com o IPI, em relação ao qual a Constituição Federal impõe a seletividade ao prescrever que o referido tributo será seletivo, em função da essencialidade do produto (art. 153, § 3º, inciso I), a definição das alíquotas do ICMS submete-se a balizas mais amplas de atuação, de modo que o legislador estadual possui margem maior, com base em critérios de conveniência e oportunidade, para definir os produtos e serviços considerados essenciais e as alíquotas incidentes no pagamento do ICMS.

Essa liberdade de atuação deve ser considerada pelo Poder Judiciário no momento da avaliação da constitucionalidade da norma, sob pena de interferência indevida nas atribuições próprias do Poder Legislativo.

A segunda premissa digna de nota é que a técnica da seletividade possui relação com a função extrafiscal que o ICMS pode assumir, ou seja, o tributo

em questão não tem finalidade, unicamente, arrecadatória, podendo servir ao propósito de ordenar a economia e as relações sociais, de modo que a definição de alíquotas maiores ou menores pode inibir ou estimular a prática de comportamentos, a fim de que sejam realizados outros valores constitucionalmente consagrados.

Nesse contexto, a norma estadual questionada não parece conter nódoa de inconstitucionalidade.

Não se nega que a energia elétrica seja considerada essencial e, a primeira vista, causa certa estranheza que a sua tributação esteja equiparada a de outros produtos considerados supérfluos.

Contudo, o legislador estadual, dentro do seu juízo de conveniência e oportunidade, e considerando a função extrafiscal do ICMS, optou por tributar com alíquota de 25% as operações em geral com energia elétrica, a fim de inibir eventuais desperdícios na utilização dos serviços, reduzindo a incidência do tributo aos casos em que se mostra mais necessária, como é o caso do consumo domiciliar e de produtores rurais, cuja alíquota foi fixada em 12%. [...].

Dessarte, conheço do recurso, todavia negando-lhe provimento.

É como penso. É como voto.

Corrija-se a base de dados do SAJ-Sistema de Automação do Judiciário, procedendo a correta grafia do nome da impetrante Ferramentas Gerais-Comércio e Importação de Ferramentas e Máquinas Ltda.