



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O ICMS incidente sobre a energia elétrica: questões polêmicas e perspectivas

Luciana Julião e Silva Caribé

Rio de Janeiro
2015

LUCIANA JULIÃO E SILVA CARIBÉ

O ICMS incidente sobre a energia elétrica: questões polêmicas e perspectivas

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor Orientador: Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2015

O ICMS INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA: QUESTÕES POLÊMICAS E PERSPECTIVAS

Luciana Julião e Silva Caribé

Graduada Pelo Centro Universitário Moacyr Sreder Bastos. Advogada. Pós-graduanda em Direito Tributário pela EMERJ.

Resumo: Dispõe a Constituição Federal que o ICMS *poderá* ser seletivo de acordo com a essencialidade dos produtos e serviços, ao contrário do que ocorre com o IPI, cuja aplicação da seletividade é obrigatória. Nessa esteira, utilizando como fundamento a aludida facultatividade, alguns estados da Federação têm fixado alíquotas de ICMS incidentes sobre o consumo de energia elétrica – bem essencial – superiores às alíquotas de produtos considerados supérfluos, tais como bebidas alcoólicas e brinquedos. A referida cobrança, nos moldes do acima exposto, ensejou milhares de ações judiciais com decisões favoráveis aos contribuintes, contudo, sem decisão definitiva pelo STF. Dessa forma, o presente trabalho tem por escopo analisar os fundamentos da discussão, os argumentos utilizados pelos contribuintes e pelos estados e, por fim, a análise da decisão liminar do STF em caso paradigma e suas perspectivas.

Palavras-chave: Direito Tributário. ICMS. Energia elétrica. Seletividade. Essencialidade.

Sumário: Introdução. 1. O ICMS sobre a energia elétrica – panorama histórico. 1.1. O princípio da seletividade no ICMS. 2. Da inconstitucionalidade das leis estaduais face aos princípios da seletividade e essencialidade. 3. Análise do caso paradigma. 4. Perspectivas de julgamento do STF e seus desdobramentos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem por escopo discutir a possibilidade de fixação de alíquotas de ICMS incidentes sobre a energia elétrica – bem essencial – superiores às fixadas para produtos supérfluos. Procura-se demonstrar que inobstante haja uma facultatividade constitucional de aplicação do princípio da seletividade no que se refere ao ICMS, os dispositivos constitucionais não devem ser analisados e interpretados de forma isolada, mas sim de forma sistemática.

Para tanto, utilizaremos no presente trabalho posições doutrinárias, bem como posições jurisprudenciais, fazendo um cotejo com os fundamentos utilizados pelos Estados membros da federação que defendem a fixação de alíquotas maiores para o consumo de energia elétrica.

A Constituição Federal dispõe que o ICMS **poderá** ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços. Contudo, não é bem definido pela doutrina e jurisprudência se essa facultatividade abre azo para o legislador estadual, caso opte pela não aplicação da seletividade, fixar alíquotas de forma inversa, isto é, alíquotas mais gravosas para bens essenciais e menos gravosas para produtos supérfluos.

Conforme vimos, o tema é bastante controvertido e não conta ainda com uma decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual merece atenção, sobretudo em relação aos impactos que uma decisão favorável aos contribuintes causará aos cofres estaduais.

Assim, para melhor compreensão do presente tema, busca-se analisar o alcance da norma constitucional no que tange à facultatividade da seletividade no ICMS, quais foram as reais intenções do legislador constitucional.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando a tributação da energia elétrica pelo ICMS e como o princípio da seletividade, em linhas gerais, tem sido empregado pelos entes tributantes.

No segundo capítulo, segue-se analisando algumas decisões judiciais acerca da fixação de alíquotas do ICMS sobre a energia elétrica e, ainda, ponderando sobre os fundamentos utilizados pelos estados para a cobrança da exação tal qual é realizada atualmente.

O terceiro capítulo tem por fim pesquisar e analisar com maior proficuidade o caso paradigma em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

Por fim, o quarto capítulo tem por escopo analisar as perspectivas de cobrança do ICMS sobre o consumo de energia elétrica a partir da decisão monocrática liminar já concedida em sede de segurança o do parecer da Procuradoria-Geral da República. Para tanto foi necessário refletir sobre os conceitos de bem essencial e bem supérfluo, ponto nodal do desenvolvimento da presente pesquisa.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa.

1. O ICMS INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA – PANORAMA HISTÓRICO

O Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) é o principal tributo de arrecadação dos cofres estaduais, e é incidente também sobre o consumo de energia elétrica, cuja previsão constitucional está inserida no Art. 155, §3º da CRFB/88, dispositivo este que veda a incidência de qualquer outro imposto sobre operações relativas à energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País que não seja o ICMS, o II e o IE.

Contudo, a fim de contextualizar o objeto da presente pesquisa aos dias atuais, faz-se necessária pequena digressão histórica da tributação da energia elétrica, conforme discorreremos abaixo.

A energia elétrica na Constituição de 67/69 era tributada pelo Imposto Único sobre energia elétrica, nos moldes do art.22, inciso IX, de competência da União, e não pelo então ICM de competência estadual, tributação bem diferente dos moldes em que atualmente é estabelecida. Como bem explicitou Walter Gaspar¹:

¹ GASPAR, Walter. ICMS comentado. 5 ed. Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p.1

Com a nova Constituição, os Estados-membros obtiveram grande vitória através da ampliação do campo de incidência do antigo ICM, tributo de imensa representatividade nas arrecadações estaduais. Ganharam os Estados e o Distrito Federal um imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias aumentado, vez que passa a absorver cinco impostos que, no antigo sistema, eram de competência da União, ou seja, os três chamados únicos (energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, e minerais), o de transportes interestadual e intermunicipal, e o de telecomunicações.

Vale ressaltar que o ICM à época se subordinava ao princípio da neutralidade e da uniformidade de alíquotas², não fazendo referência o texto constitucional à seletividade, portanto. Conforme vimos acima, com o advento da CRFB/88, a energia elétrica passou a ser tributada pelo ICMS, tributo de competência estadual, dispondo a nova constituição que o ICMS poderá ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços, nos termos do art. 155, §2º, III da CRFB/88, tratando-se de uma novidade, conforme acima visto.

Trata-se, portanto, a aplicação da seletividade no ICMS de uma faculdade, ficando a cargo do legislador, o qual, com certa discricionariedade, fará um cotejo entre os bens, de forma a definir quais mercadorias e serviços possuem o elemento da essencialidade, cuja lista variará, portanto, de estado para estado.³

O ponto central do trabalho, dessa forma, é verificar se o princípio da seletividade, ainda que facultativo, nos termos do que dispõe a redação constitucional, pode ser completamente inobservado pelos entes tributantes, conforme abaixo veremos.

² TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. IV, p. 322. “O princípio da seletividade não se aplicava, nos regimes da EC 18/65 e da CF 67/69, ao ICMS, que se subordinava ao princípio da neutralidade econômica. Apenas o IPI se cobrava segundo a seletividade, o que contribuía para o equilíbrio do sistema.”

³ BELTRÃO, Irapuã. Curso de Direito Tributário. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 582. “Essa faculdade dada ao legislador estadual significa, na verdade, certa dose de discricionariedade em identificar quais mercadorias ou serviços deveriam ser tratados como essenciais. Possivelmente essa definição variará entre os diversos estados e, no liminar, poderá ser analisado pelo Poder Judiciário (desde que via adequada) no sentido da correta aplicação do princípio constitucional num processo comparativo entre as mercadorias e serviços.”

1.1 O PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE NO ICMS

O princípio da seletividade encontra expressa previsão constitucional no art. 153, §3º, o qual dispõe que o IPI será seletivo de acordo com a essencialidade dos produtos, e no art. 155, §2º, III, dispondo que o ICMS poderá ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e serviços.

Note-se que no que tange ao IPI a seletividade é de observância obrigatória, ao passo que no ICMS a observância da seletividade constitui uma mera faculdade, isto é, o objeto do comando é o verbo *poderá*. O emprego da seletividade importa aplicação de alíquotas em função da essencialidade dos produtos, vale dizer, alíquotas mais gravosas para produtos que são considerados supérfluos, ao passo que para produtos considerados essenciais, as alíquotas estabelecidas são menores ou até mesmo zero. Insta dizer que a só aplicação de alíquotas diferentes para os mais variados produtos, está a significar que os entes tributantes optaram, ao menos de forma tácita, pela aplicação do princípio da seletividade.

Ocorre que muitos estados da federação tem estabelecido alíquotas mais gravosas para produtos essenciais, tais como a energia elétrica, objeto do presente estudo, não se tratando, portanto, sequer de não observância do princípio da seletividade, mas sim de aplicação completamente contrária ao que o aludido princípio preconiza.⁴

Vale ressaltar que a seletividade está ligada ao valor de essencialidade, isto é, aquela se faz em razão desta, em razão da essencialidade do consumo.

O princípio da seletividade norteia o intérprete das leis e a autoridade legiferante sobre o caráter necessário do tributo recair sobre os bens na razão inversa de sua necessidade para o

⁴ TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. IV, p. 322. "A CF 88 autorizou que o ICMS seja seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e serviços (art. 155, §2º, III). A interpretação da seletividade deveria coincidir com a do IPI, sobre a qual dissertamos anteriormente. Mas os Estados-membros vêm aplicando a seletividade às avessas, agravando a incidência sobre os consumos essenciais do povo, como a eletricidade e os combustíveis."

consumo popular e na razão direta de sua superfluidade. Nas palavras de Ricardo Lobo Torres⁵:

Seletividade em função da essencialidade significa que o tributo recai sobre os bens na razão inversa de sua necessidade para o consumo popular e na razão direta de sua superfluidade. A essencialidade admite graduação, de modo que a alíquota ou não existirá, quando o produto se tornar absolutamente essencial para atender às necessidades primárias, ou será fixada em escala ascendente na proporção em que menor for a sua utilidade social.

Dessa forma, se a essencialidade se refere “à adequação do produto à vida do maior número de habitantes do país”⁶, por certo a energia elétrica encabeça a lista de produtos essenciais, senão é o mais essencial dos produtos sujeitos à tributação, haja vista que a distribuição pública de água canalizada não é tributa pelo ICMS.

Entendemos que a faculdade de se observar o princípio da seletividade no estabelecimento das alíquotas do ICMS não está a significar liberdade do legislador para impor alíquotas mais gravosas para mercadorias e serviços protegidos sob o manto da essencialidade. Podemos compará-lo a um preceito constitucional de natureza programática, o qual apresenta resultado por seu aspecto negativo, ou seja, o legislador ordinário não poderá editar normas que a transgridam, contudo poderá deixar de implementá-la, mas nesse caso a alíquota aplicada seria a geral, e não uma mais pesada.

2. DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS ESTADUAIS FACE AOS PRINCÍPIOS DA SELETIVIDADE E ESSENCIALIDADE

Muitos estados da federação têm estabelecido alíquotas de ICMS incidentes sobre a energia elétrica superiores à alíquota geral, o que por vezes acaba acarretando uma tributação mais leve sobre produtos supérfluos e mais gravosa para a energia elétrica, indiscutivelmente

⁵ TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. II, p. 321

⁶ BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro, 9 edição, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 90.

bem essencial, o que vai de encontro, portanto, ao princípio da seletividade, uma vez que segundo esse princípio, conforme vimos acima, a tributação deve ser inversamente proporcional à essencialidade dos bens tributados.

A fim de ilustrar o acima exposto, segue abaixo pequeno quadro comparativo das alíquotas de ICMS dos estados do Rio de Janeiro e de Santa Catarina⁷, vejamos:

QUADRO COMPARATIVO			
SANTA CATARINA		RIO DE JANEIRO	
MERCADORIAS E SERVIÇOS	ALÍQUOTA	MERCADORIAS E SERVIÇOS	ALÍQUOTA
13. Tabaco e seus sucedâneos manufaturados, cachimbos, piteiras, isqueiros e acendedores. ⁸	12%	Operação com cerveja e chope ⁹	20%
34. Pérolas naturais ou cultivadas, pedras preciosas ou semipreciosas e semelhantes, metais preciosos, metais folheados ou chapeados (plaquê) de metais preciosos, pedras sintéticas ou reconstituídas, bijuterias. ¹⁰	12%	Operação com aguardente	20%
52. Brinquedos, piscinas, artigos e equipamentos para divertimento, jogos, festas, pesca, cultura física, ginástica, atletismo e outros esportes, suas partes, peças e acessórios. ¹¹	12%	Operação com refrigerante ¹²	20%
Operações com energia elétrica ¹³	25%	Operações com energia elétrica com consumo acima de 300 quilowatts/hora mensais. ¹⁴	25%
ALÍQUOTA GERAL		ALÍQUOTA GERAL	
17%		18%	

Como se verifica, muitos Estados-membros tem fundamentado as aludidas cobranças espeçados na facultatividade quanto à aplicação do princípio da seletividade para o ICMS,

⁷ Nota de esclarecimento: a comparação de alíquotas somente foi realizada entre os estados de Santa Catarina e Rio de Janeiro a fim de exemplificar o tema do artigo, tornando-o mais didático.

⁸ Item 13, Seção V da Seção II do Anexo Único da Lei 10.297/96 de Santa Catarina.

⁹ Inciso VII, 3 c/c inciso XVII do art. 14 do Decreto nº 27.427/2000 – RICMS/RJ.

¹⁰ Item 34, Seção V da Seção II do Anexo Único da Lei 10.297/96 de Santa Catarina.

¹¹ Item 52, Seção V da Seção II do Anexo Único da Lei 10.297/96 de Santa Catarina.

¹² Inciso XVIII do art. 14 do Decreto nº 27.427/2000 – RICMS/RJ.

¹³ Art. 19, II, “a” da Lei 10.297/96 de Santa Catarina.

¹⁴ Inciso VI, 2 do Decreto nº 27.427/2000 – RICMS/RJ.

defendendo a legitimidade da cobrança das alíquotas nos moldes no quadro comparativo acima, isto é, alíquotas mais gravosas para a energia elétrica ao passo que para produtos considerados supérfluos, as alíquotas são bem menores.

Outrossim, a despeito da violação dos princípios da seletividade e essencialidade¹⁵, o estabelecimento de alíquotas diferenciadas para cobrança do ICMS violou outro princípio, qual seja, o princípio da isonomia tributária¹⁶, tendo em vista que o fato de terem sido fixadas uma alíquotas geral, outra alíquota para energia domiciliar, outra alíquota para produtores rurais, já se torna uma clara inobservância do princípio da igualdade tributária.

Dessa forma, vários foram os contribuintes que se insurgiram contra a referida cobrança, pleiteando a aplicação, no mínimo, das alíquotas genéricas em relação ao ICMS, afastando a cobrança da alíquota mais gravosa, argumentando violação dos princípios da seletividade e essencialidade.

Contudo, um dos argumentos utilizados pelos entes tributantes é justamente que a incidência da alíquota mais elevada sobre a energia elétrica não viola o princípio da seletividade, tendo em vista que, conforme é preconizado pela Constituição, este não é de aplicação obrigatória ao ICMS, além de que a aludida cobrança, segundo os Estados-membros, tem por escopo desestimular o consumo abusivo e o desperdício de energia pelos consumidores.

¹⁵ MACHADO, Hugo de Brito. O ICMS no fornecimento de energia elétrica: questões da seletividade e da demanda contratada. In: Revista dialética de direito tributário, n. 155, ago. 2008, p. 51-52. “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 fins de 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 sem a qual se faz inviável a subsistência das pessoas, na comunidade 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.”

¹⁶ CRFB/88. “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 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;

No entanto, conforme vimos no capítulo anterior, o só fato dos estados aplicarem alíquotas diferenciadas para os mais diversos produtos, significa que o estado passou a adotar o princípio da seletividade, o que faz cair por terra os argumentos acima ventilados.

Nessa esteira, a argumentação utilizada pelos Estados, *data venia*, não nos parece a mais correta, a uma porque a facultatividade da seletividade no ICMS não está a significar que o legislador tem a liberdade de estabelecer alíquotas mais gravosas a produtos e serviços considerados essenciais, devendo o termo “poderá” ser interpretado, na verdade, como “deverá”, haja vista que a Constituição impõe determinações aos Entes tributantes e não meras recomendações¹⁷; a duas porque não faz qualquer sentido estabelecer alíquotas mais gravosas à energia elétrica, considerando que esta é considerada bem essencial pelo art. 10 da Lei 7.783/1989¹⁸. Ademais, a constituição é una, deve ser interpretada de forma sistematizada, e não observando dispositivos de forma isolada. Conforme nos ensina Eros Grau¹⁹:

A interpretação do direito é interpretação *do direito*, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos *do direito*.

Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.

A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.

Assim sendo, o argumento lançado pelos Estados cai por terra quando pensamos na Constituição de forma unitária, isto é, no princípio da unidade da Constituição²⁰. Não se pode

¹⁷CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2005. p. 361. “*Convém salientarmos, desde logo, que, a nosso ver, este singelo ‘poderá’ equivale, na verdade, a um peremptório ‘deverá’*”. Não se está diante de uma mera faculdade do legislador, mas de uma norma cogente, de observância obrigatória. Ademais, quando a Constituição confere a uma pessoa política um “poder”, ela, *ipso facto*, lhe impõe um “dever”. É por isso que se costuma falar que as pessoas políticas têm *poderes deveres*.”

¹⁸ Lei 7.783 de 28 de junho de 1989. “Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; **produção e distribuição de energia elétrica**, gás e combustíveis;”

¹⁹ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 5ª. ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2009. P. 44

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira e outro. Curso de direito constitucional. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p.95. “Hesse, seguido por Canotilho, identifica-os como princípio da unidade da Constituição, da concordância prática, da correlação funcional, da eficácia integradora e da força normativa da Constituição.

ignorar o conteúdo semântico do texto constitucional e interpretar dispositivos de forma isolada.

Dessa forma, se o texto constitucional confere uma facultatividade quanto ao princípio da seletividade no ICMS e uma obrigatoriedade quanto ao IPI, entendemos que, no mínimo, devem ser estabelecidas alíquotas gerais para todos os produtos, uma vez que facultatividade não significa dispor de forma completamente contrária ao conteúdo do referido princípio.

Nessa esteira, conforme expusemos acima, foram muitos os contribuintes que ajuizaram demandas em face dos Estados que fixaram as aludidas alíquotas diferenciadas para os mais variados produtos, aplicando, dessa forma, tacitamente o princípio da seletividade.

3. ANÁLISE DO CASO PARADIGMA

Conforme vimos acima, ainda que *en passant*, várias foram as demandas ajuizadas em face dos entes tributantes responsáveis pela fixação de alíquotas diferenciadas para os mais diversos produtos.

No Rio de Janeiro, os contribuintes impetraram Mandado de Segurança e obtiveram a segurança concedida junto ao Tribunal de Justiça do Estado²¹. Contudo, o Supremo Tribunal Federal através do RE 593824, o qual, reconhecendo a repercussão geral do tema e a repercussão econômica que a aludida segurança poderia causar aos cofres públicos, suspendeu a segurança²², sob a alegação de efeito multiplicador de demandas da mesma natureza, tendo em vista que inúmeros seriam os contribuintes beneficiários com a redução das alíquotas, de

O primeiro desses princípios, o da unidade da Constituição, postula que não se considere uma norma da Constituição fora do sistema em que se integra; dessa forma, evitam-se contradições entre as normas constitucionais. As soluções dos problemas constitucionais devem estar em consonância com as deliberações elementares do constituinte. (...) Esse princípio concita o intérprete a encontrar soluções que harmonizem tensões existentes entre as várias normas constitucionais, considerando a Constituição como um todo unitário.”

²¹ MS nº 0028971-39.2013.8.19.0000

²² Suspensão de Segurança - SS 4.980

forma que geraria ao Estado uma perda de arrecadação superior a dois bilhões de reais, segundo parecer da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro.

No entanto, o *leading case* sobre o tema do presente artigo científico é o Recurso Extraordinário 714.139 – SC, interposto por uma grande rede de comércio varejista, cuja existência de repercussão geral foi reconhecida, ressaltando o ingresso como *amicus curiae* dos Estados da Federação, bem como o Distrito Federal.

O presente caso teve origem com a impetração de Mandado de Segurança, o qual foi denegado em primeira e segunda instâncias no Tribunal de origem, motivo pelo qual a empresa recorreu ao Supremo Tribunal Federal que, reconhecendo a repercussão geral do caso, autorizou o ingresso dos demais Estados na ação.

No referido Recurso Extraordinário houve parecer favorável da Procuradoria-Geral da República aos contribuintes, corroborando a fundamentação que apresentamos ao longo do presente artigo, vejamos:

É que, por mais que, diferentemente do IPI, em que o imperativo da seletividade é mais evidente, não faria sentido tributar bens essenciais sem qualquer critério, quando se tem à disposição marco principiológico apresentado pelo próprio constituinte. No ponto, há previsão legal expressa acerca da essencialidade de energia elétrica e telecomunicações no art. 10 da Lei 7.883/1989.

Ademais, fosse o caso de fazer incidir sem qualquer discrimen a tributação do ICMS, seria despicienda a mudança o perada pela Constituição de 1988 em face da Constituição de 1967/69, que se limitava a tratar da seletividade do IPI e, quanto ao ICMS, estabelecia apenas sua uniformidade pela aplicação de alíquota igual para todas as mercadorias (CF 1967/69, art. 24).²³

Contudo, muito embora o parecer da Procuradoria-Geral da República tenha sido favorável aos contribuintes, certo é que ainda não houve decisão final por parte do Supremo Tribunal Federal, decisão esta que gerará impactos de grande monta tanto para os Estados, quanto para os contribuintes.

²³ Parecer da Procuradoria-Geral da República no RE 714.139/SC.

4. PERSPECTIVAS DE JULGAMENTO DO STF E SEUS DESDOBRAMENTOS

Muito embora o RE714.139 – SC ainda esteja pendente de julgamento, conforme vimos acima, certo é que os contribuintes já contam com posição favorável, ainda que não do plenário, mas da segunda turma do STF²⁴, a qual manteve uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que havia minorado a alíquota do ICMS incidente sobre energia elétrica de 25% para 18%. De acordo com referido Tribunal de Justiça, o ICMS é submetido sim ao princípio da seletividade, segundo o qual “o tributo deve incidir progressivamente na razão inversa da essencialidade dos produtos: quanto menor a essencialidade do produto tanto maior deverá ser a alíquota, e vice-versa.”²⁵

Não se pode olvidar que há também o parecer favorável da Procuradoria-Geral da República aos contribuintes, o qual reconhece a inconstitucionalidade da fixação de alíquotas maiores incidentes sobre o consumo de energia elétrica, o que fere o princípio da seletividade.

O caminho percorrido está a indicar, portanto, possível vitória dos contribuintes em face dos Estados, o que torna forçoso reconhecer que ocorrerá grande perda arrecadatória, impactando de forma abissal nos cofres estaduais, destacando, ainda, o direito que os contribuintes terão de pleitear a restituição dos valores pagos pelos últimos cinco anos, a teor do que dispõe o art. 168 do Código Tributário Nacional.²⁶

Nessa esteira foi exteriorizada grande preocupação pela PGR em seu parecer, a qual, preocupada com os desdobramentos econômicos com uma possível declaração de inconstitucionalidade e reflexos sociais que a mesma poderia causar, opinou favoravelmente pela modulação dos efeitos da decisão²⁷, conforme abaixo:

²⁴ AgRg no RE 634.457/RJ

²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. IV, p. 178

²⁶ “Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados;”

²⁷ Lei 9.868/99. Art. 27. 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

Recomenda-se, nesses termos, independentemente da formulação de pedido pelo recorrido, que essa Suprema Corte faça incidir, na espécie, o preceito do art. 27 da Lei 9.868/1999, para que sejam suspensos *pro futuro* os efeitos de eventual acolhimento do recurso. Isso por tempo suficiente a que o Estado de Santa Catarina possa adaptar toda a sua legislação do ICMS em face do princípio da seletividade, norteado pela essencialidade da energia elétrica e dos serviços de telecomunicações, e possa também estabelecer novas previsões orçamentárias com base no montante recalculado das suas receitas, atendendo ao que prescreve o art.167 da Constituição Federal.

Dessa forma, conforme em muitos outros julgamentos de inconstitucionalidade em que o Supremo Tribunal modulou os efeitos da decisão, com vistas a evitar que os efeitos retroativos originem consequências mais nocivas do que a própria inconstitucionalidade, de forma a assegurar, ainda, o princípio da segurança jurídica em prejuízo da supremacia da Constituição, é muito provável que sejam modulados os efeitos da decisão, caso esta seja favorável aos contribuintes, suspendendo, para o futuro, os efeitos da aludida decisão.

CONCLUSÃO

A energia elétrica, indiscutivelmente, possui caráter essencialíssimo para a vida moderna, tanto para consumidores residenciais, quanto para grandes indústrias e, justamente por possuir esse caráter de produto essencial, o ICMS incidente sobre o seu consumo deveria observar o princípio da seletividade de forma que as alíquotas sejam estabelecidas progressivamente na razão inversa da essencialidade do produto ou serviço.

Contudo, como vimos, muito embora vários Estados da Federação tenham adotado alíquotas diferenciadas para os mais diversos produtos, de forma a aplicar tacitamente o princípio da seletividade, este princípio tem sido violado pelos entes tributantes, posto que,

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.

em regra, as alíquotas de ICMS incidentes sobre a energia elétrica são muito superiores às fixadas para produtos supérfluos, como os apontados no quadro comparativo constante do presente artigo.

Restou demonstrada a flagrante inconstitucionalidade consubstanciada na violação patente do princípio da seletividade e essencialidade, bem como afronta ao princípio da igualdade tributária, uma vez que fora instituído tratamento desigual a contribuintes que se encontravam na mesma situação, qual seja, consumidores de energia elétrica.

Em decorrência da cobrança, diversas ações foram ajuizadas, até que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o caráter de repercussão geral da matéria, não contanto os contribuintes, ainda, com decisão definitiva, muito embora que, como vimos, é muito provável que haja decisão favorável aos contribuintes.

Contudo, vimos também que em caso de decisão favorável aos contribuintes, os reflexos econômicos e sociais serão incomensuráveis, razão pela qual a própria Procuradoria-Geral da República, muito embora tenha emitido parecer favorável aos contribuintes, opinou pela modulação dos efeitos da decisão, de forma que produzam efeitos somente para o futuro, visando a evitar um colapso aos cofres estaduais.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 9 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1977.

BELTRÃO, Irapuã. *Curso de Direito Tributário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.

GASPAR, Walter. *ICMS comentado*. 5 ed. Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 24 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira e outro. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. II.

_____. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. IV.