A ENERGIA ELÉTRICA COMO FATOR RELEVANTE PARA O DESENVOLVIMENTO SOCIAL E O PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE DO ICMS

Henrique Adriano de Macena Marques¹
Luiz Carlos Santana Maciel²

RESUMO: Trata-se de análise sobre a essencialidade da energia elétrica, sob a ótica social, e a consequente classificação e taxaço tributária estadual, dentro do Imposto de Circulaço de Mercadorias e Serviços, ICMS. Relata-se a importância social da energia elétrica para a qualidade de vida e o desenvolvimento social, abordando os âmbitos: internacional, nacional e estadual, a partir de dados sociais e técnicos. Discorrendo-se sobre a legislaço tributária do Estado de Alagoas acerca da alíquota sobre a energia elétrica. Abordou-se, também, as últimas decisões judiciais a respeito do assunto, observando os julgamentos mais recentes em Tribunais de Justiça Estaduais, que têm oscilado entre a reduço da alíquota do referido imposto e a sua manutenço no patamar mais alto. No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, os julgamentos variam entre a não ingerência e a inconstitucionalidade das alíquotas abusivas. Finalmente, conclui-se pelo uso político e consequente descumprimento do princípio da seletividade constitucional pelos governos estaduais, em clara contrariedade face à Constituiço Federal em prol de uma gana arrecadatória tributária.

PALAVRAS CHAVE: Energia elétrica. Princípio da seletividade. Decisões judiciais.

ABSTRACT: In the following paper, the need for electrical energy from a social viewpoint, its subsequent classification, and state taxation rate within the Circulation of Goods and Services Tax, ICMS, is analyzed. The social importance of electrical energy for quality of life and social development is reported at the local, national and international scope through the use of social and technical data. Next, the state legislation of the State of Alagoas as it pertains to electrical energy rates is discussed. Latest related judicial verdicts are also examined including State Tribunal of Justice decisions that have swing between a reduction to the tax rate and its maintenance at the highest baseline. The Superior Tribunal of Justice and Supreme Federal Court and their decisions, which vary between bot interfering and finding abusive rates to be unconstitutional, are also discussed. Lastly, it is concluded that these are used for political means, and to allow state governments to violate the principle of constitutional selectivity, which is in clear violation of the Federal Constitution, in favor of collecting higher taxes.

KEYWORDS: Electrical Energy. Pelectivity principle. Court decisions.

¹ Acadêmico do 9º período da Graduaço em Direito pela Faculdade Direito de Alagoas (FDA), da Universidade Federal de Alagoas (UFAL) e Professor Efetivo do Instituto Federal de Alagoas (IFAL).
E-mail: henrique_paulista@yahoo.com.br

² Acadêmico do 9º período da Graduaço em Direito pela Faculdade Direito de Alagoas (FDA), da Universidade Federal de Alagoas (UFAL) e Perito Médico previdenciário no Instituto Nacional de Seguridade Nacional (INSS)

E-mail: lcsmaciel@uol.com.br

INTRODUÇÃO

O presente trabalho faz uma análise sobre a essencialidade da energia elétrica para o contribuinte e a consequente classificação e taxação tributária estadual, dentro do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços, ICMS, além de mostrar as últimas decisões judiciais a respeito do assunto, que têm sido contraditórias, desde os Tribunais de Justiça de alguns estados da federação até o Supremo Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Essa dificuldade de padronização e correta interpretação acontece pela determinação constitucional de deixar para o legislador estadual a classificação da essencialidade dos produtos tributados. O acesso à energia elétrica é sempre um dos objetivos daqueles que desejam promover o desenvolvimento e a redução da pobreza, como a ONU e o Governo Federal, devido ao atual estágio social de dependência da energia elétrica, porém, o Estado de Alagoas, assim como outros estados, em suas legislações tributárias, optam por uma maior arrecadação, na contramão de um maior acesso à energia elétrica, aplicando à energia elétrica a alíquota máxima, destinada apenas a produtos não essenciais, ou seja, supérfluos.

1 ENERGIA ELÉTRICA COMO BEM NÃO SUPÉRFLUO

De forma similar à importância que o fogo teve para alavancar o desenvolvimento do homem pré-histórico, a descoberta da energia elétrica proporcionou uma aceleração no crescimento tecnológico da humanidade a partir do século XIX, sobretudo com a segunda revolução industrial, que mudou a matriz energética do carvão e gás naturais para a energia elétrica, devido ao seu maior rendimento, o que resulta numa maior produção com menor custo.

O Estado de Alagoas, segundo dados da EPE, Empresa de Pesquisa Energética, consumia em janeiro de 2004 285MWh e, ao fim de 2015, consumiu 434 MWh, um crescimento de 152% em 11 anos. Entre outros motivos, este aumento é reflexo de uma inclusão econômica de uma parte significativa da população alagoana no mercado consumidor de energia elétrica, principalmente através de políticas públicas de inclusão social, como o Bolsa Família e o Luz para todos, ou seja, uma dos primeiros impactos positivos na vida de pessoas que se encontravam em estado de miséria é consumir energia elétrica, e, por consequência, é possível compreender o acesso à energia elétrica como uma questão de inclusão social.

Para a ONU, Organização das Nações Unidas, o acesso à energia elétrica é um dos aspectos fundamentais para o desenvolvimento, tanto que, no ano de 2011, estabeleceu como meta a universalização da energia elétrica até 2030, conforme trecho de um relatório enviado para a Assembleia Geral da ONU, em 16 de agosto de 2012:

“The Secretary-General set **three interlinked objectives to be achieved by 2030: providing universal access to modern energy services**; doubling the global rate of improvement in energy efficiency; and doubling the share of renewable energy in the global energy mix.”(grifo nosso)

Isso aconteceu após estudos do PNUD, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, que mostraram que o acesso à energia elétrica tem forte impacto na redução da pobreza, ao melhorar o acesso à água potável, reduzir a poluição dentro de casa, com a redução do uso de fogueiras e fogões à lenha, além de facilitar e estimular a criação de micro e pequenas empresas. Portanto, é possível compreender, que também para a ONU, a energia elétrica é um bem fundamental para qualidade de vida da humanidade.

O Brasil seguiu a tendência internacional, e lançou, através do Decreto 7.520, de 8 de julho de 2011, o programa “LUZ PARA TODOS” cujo principal objetivo foi universalizar o acesso à energia elétrica no período entre 2011 e 2014.

2 A LEI DO ICMS E A ENERGIA ELÉTRICA

Apesar de sua reconhecida importância, do ponto de vista local e internacional, ainda existem controvérsias no que diz respeito ao acesso à energia elétrica quando se analisa suas alíquotas nos ICMS estaduais. Em consonância com o princípio da seletividade, previsto no inciso III do § 2º do art. 155 da nossa Lei Maior, a energia elétrica deveria ter alíquotas compatíveis com sua essencialidade, porém, o que se observa é o recorrente descumprimento deste princípio pela maioria das fazendas públicas estaduais, incluindo a do Estado de Alagoas, que costumam fixar a alíquota máxima do ICMS para esse produto, classificando o no mesmo rol dos produtos verdadeiramente supérfluos como cerveja e refrigerante. Apesar de haver doutrina que compreende a seletividade do ICMS como absolutamente discricionária, o próprio comportamento da Administração Pública Federal, através de legislação própria, denota a importância desse serviço, conforme reforçam Antonio Alves Pereira Neto e Manoel Cavalcante de Lima Neto:

Mostra-se incompatível com a ordem jurídica a justificativa de que um serviço tenha relevância para ser alçado pela Constituição Federal e por lei específica (administrativa) ao patamar de serviço público e ao mesmo tempo uma lei tributária o considere supérfluo ou suntuoso. É o que está

acontecendo em relação à energia elétrica. A sua conceituação decorre de normas de Direito Público que a lei tributária não pode modificar os efeitos.

A Lei Nº 6558 de 30/12/2004 instituiu o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - FECOEP, nos termos da Emenda Constitucional Federal nº 31, de 14 de dezembro de 2000, e, no seu segundo artigo, incluiu a energia elétrica na constituição de receitas para o referido fundo, *in verbis*:

Art. 2º Constituem receitas do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - FECOEP:

[...] i) **energia elétrica**, no fornecimento que **exceda a faixa de consumo de 150 (cento e cinquenta) KWh mensais**, para consumo domiciliar e de estabelecimento comercial;(grifo nosso)

Verifica-se que a energia elétrica, na lei em epígrafe, encontra-se no rol de vários produtos considerados supérfluos como bebidas alcoólicas, cigarros, perfumes, videogames e etc.

Conceituar a essencialidade torna-se imperativo para permitir uma melhor interpretação da matéria tributária envolvendo a energia elétrica, para Aliomar Baleeiro ao citar o art. 48 do CTN, a essencialidade faz referência à adequação do produto ou mercadoria à vida do maior número de habitantes do país, devendo ter um tratamento diferenciado em relação às alíquotas imputadas a elas.

Ao classificar o serviço de distribuição e venda de energia elétrica como supérfluo, a Fazenda Pública de Alagoas promove um choque com o regime jurídico positivado, que o considera como de natureza de serviço público, prestado na forma de concessão, consoante preconizado na Lei nº 9.074/95, outrossim, Celso Antonio Bandeira de Mello apresenta como conceito para o serviço público:

[...] **atividades materiais que o Estado**, inadmitindo que possam ficar simplesmente relegadas à livre iniciativa, assume como próprias, por **considerar de seu dever prestá-las ou patrocinar-lhes a prestação, a fim de satisfazer necessidades ou comodidades do todo social, reputadas como fundamentais em dado tempo e lugar.** (grifo nosso)

A partir da passagem do ilustre jurista, do histórico da prestação do serviço de energia elétrica no Brasil, que inicialmente era estatal, e da sua importância social, supracitada no texto, fica bastante claro que a escolha da energia elétrica como produto supérfluo é opção discricionária da maioria dos Governadores de Estado com o objetivo de aumentar a arrecadação do ICMS, não guardando nenhuma relação jurídica com a essencialidade determinada pelo legislador constituinte originário.

3 DECISÕES JURÍDICAS SOBRE A SELETIVIDADE DO ICMS SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA

A Constituição Federal de 1988 faculta que os Estados da Federação pratiquem alíquotas de ICMS seletivas, ou seja, de forma inversamente proporcional: quanto mais relevante o produto ou serviço menor deverá ser sua alíquota do imposto. Porém, além da prática contrária por parte da maioria dos Estados, que classifica a energia elétrica como bem supérfluo, para aumentar a sua arrecadação tributária, há bastante divergência nas decisões tomadas pelo Poder Judiciário em seus principais tribunais, porque: além da interpretação não unânime, da falta de uma súmula vinculante, o ICMS é um imposto estadual, logo são 26 legislações diferentes sem nenhuma obrigação de vinculação, além da Constituição Federal de 1988, que não determinou, de forma expressa esse assunto, permitindo que cada ente estatal da federação interprete a essencialidade da energia elétrica de forma particular.

A seguir, analisaremos alguns dos principais julgados recentes sobre o assunto. Iniciando pelos Tribunais de Justiça estaduais, das decisões mais antigas para as mais recentes.

Ao julgar Mandado de segurança, MS 2010110845 SE (TJ-SE), publicado em 15 de junho de 2011, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe reconheceu ser a energia elétrica um produto de caráter essencial, porém, afirmou que podem existir alíquotas de ICMS diferentes para os diversos contribuintes, pela necessidade de se observar o princípio da capacidade contributiva.

TJ-SE - MANDADO DE SEGURANÇA MS 2010110845 SE (TJ-SE)

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - PRELIMINARES - 1 - PROCURAÇÃO APÓCRIFA - INOCORRÊNCIA - INSTRUMENTO DE MANDATO SUBSCRITO PELO OUTORGANTE - 2 - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - COMBATE À LEGISLAÇÃO ESTADUAL DO ICMS - EXISTÊNCIA DE EFEITOS CONCRETOS - CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA COMBATER ALÍQUOTA INDEVIDA - PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL do ICMS está relacionado com a idéia do que é mais ou menos essencial, visando, com isso, minimizar a carga tributária do que é mais essencial e onerá-la para aquilo que é considerado **supérfluo**. IV - O Estado de Sergipe fez, claramente, em sua legislação a opção pela seletividade, ao aplicar alíquotas diferenciadas de acordo com o produto ou serviço tributado. V - **Não obstante tal opção, e apesar do caráter essencial da energia elétrica, é necessário também observar o princípio da capacidade contributiva, o que impossibilita a fixação da mesma alíquota de ICMS para todos os contribuintes indistintamente.** VI - Direito líquido e certo não configurado .(grifo nosso)

Já o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, em decisão de Apelação, REEX 00082917220068180140 PI 201000010051025 (TJ-PI), publicada em 30 de junho de 2014,

afirmou que, em se tratando de ICMS, deve-se ter em vista o princípio da seletividade, relativizando a faculdade do ente federativo estadual competente na instituição da seletividade no que concerne ao ICMS, ressaltou ser obrigatória a necessidade de estabelecer a carga tributária na razão inversa da essencialidade dos produtos e serviços, havendo, no caso analisado, a indevida fixação de alíquota de produto supérfluo para a energia elétrica, por ser notoriamente um serviço essencial.

**TJ-PI - Apelação / Reexame Necessário REEX 00082917220068180140
PI 201000010051025 (TJ-PI)**

Ementa: mandamental teve sua tramitação regular, de modo que não se evidencia prejuízo para a parte, nem tão pouca violação às regras iminentes ao devido processo legal. Nesse prisma, é de se acentuar que a finalidade e natureza do mandado de segurança revelam a necessidade de privilegiar a análise da questão de fundo. Frise-se, ademais, que, *in casu*, não houve erro grosseiro, já que o pedido deduzido na inicial comporta a indicação da autoridade coatora que prestou informações. 4. O Estado do Piauí assegura que inexistente direito líquido e certo, assim como em razão da existência de ato normativo, não atacável por mandado de segurança, sendo evidente inadequação da ação pela via mandamental. Nesta ação, a empresa Impetrante/Apelada pretende a redução das alíquotas de **ICMS** incidentes sobre **energia elétrica** e telecomunicações, autorizando-a a utilização dos créditos de **ICMS** oriundos das cobranças indevidas ocorridas anteriormente. Desse modo, a matéria discutida, de natureza tributária, se amolda ao enunciado da Súmula 213 do e. STJ ao enunciar que “O Mandado de Segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”. Noutro prisma, a extinção do feito ao argumento de que o Mandado de Segurança não se presta para combater lei em tese, a despeito do que enuncia a Súmula 266, do STF, cumpre-nos esclarecer que em se tratando de **ICMS** é de se ter em vista o princípio da essencialidade disciplinado no inciso III, do parágrafo 2º, do artigo 155 da Constituição Federal, que determina que este tributo poderá ser seletivo em função da essencialidade do produto. 5. De outra parte, evidencia-se desta ação que a impetração foi instruída com ampla documentação, entre eles as faturas que demonstra efetivamente a cobrança questionada, porquanto, todas elas constam o repasse de **ICMS** calculado com a alíquota correspondente a 25% (vinte e cinco por cento), situação que justifica a impetração da segurança. 6. Embora possa ser tida como facultativa a instituição da seletividade no âmbito do **ICMS**, na forma do art. 155, § 2º, III, da Carta Magna, tendo o Estado optado por implementá-la através de alíquotas progressivas, deve, obrigatoriamente, observar o critério constitucional, pautando a carga tributária na razão inversa da essencialidade dos produtos e serviços. **O legislador piauiense, ao prever para produtos e serviços notoriamente essenciais, como energia elétrica e telefonia, a mesma alíquota prevista para outros reconhecidamente supérfluos, como bebidas e cigarros, desviou-se do critério constitucional, incorrendo em aparente afronta ao princípio da seletividade.** 6. Incidente de inconstitucionalidade suscitado, para que o Tribunal Pleno se pronuncie sobre a compatibilidade do art. 23, II, “i” e “j”, da Lei Estadual n. 4.257/1989, com o art. 155, § 2º, III, da Carta Magna. Decisão por unanimidade de votos.(grifo nosso)

Em recente julgado, de 16 de fevereiro de 2016, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na Apelação de número 03986822320108060001, reconheceu a seletividade do ICMS para produtos supérfluos, porém, excluiu a energia elétrica deste grupo com maiores alíquotas, com 17%.

TJ-CE - Apelação APL 03986822320108060001 CE 0398682-23.2010.8.06.0001 (TJ-CE)

Ementa: APELAÇÃO. SENTENÇA PROCEDENTE DO PEDIDO. ICMS NAS OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ALÍQUOTA DE 27%(VINTE E SETE POR CENTO). AFETAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. MISTUR O REDIMENSIONAMENTO PARA 17% (DEZESSETE POR CENTO). PARADIGMA DO STF. DESPROVIMENTO. 1. O objeto da presente demanda consiste na declaração da inexistência de relação jurídico-tributária concernente à incidência de ICMS nas operações de aquisição de energia elétrica sob à alíquota de 27%(vinte e sete por cento), para que seja anunciada a alíquota de 17% (dezessete por cento). 2. O cerne da questão posta a desate consiste em saber se a cobrança fiscal experimentada pela empresa promovente é ou não devida a partir da aplicação efetiva do "princípio da seletividade". 3. Tal valor busca concretizar o postulado da capacidade contributiva, em consonância com o preceito constitucional insculpido no art. 155 , § 2º , inciso III , CF : 4. Afirma-se, então, que, quanto mais supérflua ou suntuosa a mercadoria ou o serviço, maior deve ser a capacidade contributiva do consumidor de tais bens, funcionando a seletividade como uma baliza para a aplicação dos limites da tributação, sob a premissa de que as alíquotas devem se elevar na razão inversa da essencialidade da mercadoria ou serviço. 5. No que concerne a classificação da energia elétrica como bem essencial, define o conteúdo normativo do art. 10 , I , da Lei Federal 7783 /89. 6. **Por óbvio, os produtos tidos por essenciais, como é o caso da energia elétrica, devem ser tributados com alíquotas inferiores àqueles bens de natureza supérflua, não sendo razoável, em função da aplicação de tais princípios, que a energia seja tributada sob a mesma fração de armas, munições, bebidas alcoólicas, fumo, cigarros e demais artigos prescindíveis.** (grifo nosso)

Nos tribunais superiores também não há uniformidade de decisões. O Superior Tribunal de Justiça, STJ, sob análise de Recurso Extraordniário em Mandado de Segurança de nº 32.425 - ES (2010/0119941-1), em acórdão de 04 de março de 2011, decidiu que seria uma ingerência do Poder Judiciário, com grave ofensa ao princípio da separação de poderes, decidir sobre as alíquotas fixadas por quem tem competência tributária e, que estão dentro dos limites fixados pelo Senado Federal, portanto, concluiu que não há inconstitucionalidade ou ilegalidade na incidência de alíquota de 25% nas operações internas com energia elétrica.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.425 - ES (2010/0119941-1)

Ementa:APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. PROCESSUALCIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR. INTERESSE. MÉRITO. ICMS. ALÍQUOTA. REDUÇÃO. SELETIVIDADE. DISCRICIONARIEDADE. SEGURANÇA DENEGADA.

Preliminar - ausência de interesse-adequação. Pela norma constitucional, “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas-corpus' ou 'habeas-data'”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (art. 5º, LXIX). Se existe a possibilidade da autoridade pública cometer ato ilícito que poderá ferir direito líquido e certo da impetrante então é adequada a via procedimental escolhida. A inexistência de direito líquido e certo e da prova pré-constituída são matérias que encontram-se inseridas no mérito da ação mandamental. Preliminar rejeitada. Unânime. 2. Mérito. O ICMS “poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços” (CF; art. 155, § 2º, III). 2.1. A alíquota do Imposto quanto às Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e às Prestações de Serviços de Comunicação e de Transporte Interestadual e Intermunicipal é de 25% (vinte e cinco por cento) “nas operações internas com energia elétrica” e “nas prestações de serviço de comunicação realizadas no território do Estado e nas operações internas, inclusive de importação” (Lei n. 7000/2001; art. 20, III e IV; e Decreto n. 1.090-R/2002; art. 71, III e IV). 2.2. Cabe ao Estado aplicar, ou não, o princípio da seletividade ao imposto ICMS em razão do verbo “poderá” inserido no inciso III do § 2º do artigo 155. 2.3. **“Os Estados e o Distrito Federal, no âmbito da competência tributária que lhes é atribuída pela Carta Magna, tem a liberdade de determinar as alíquotas mínimas e máximas do ICMS, obedecidos os limites fixados pelo Senado Federal (CF, art. 155, § 2º, V). Sob esse prisma, a ingerência do Judiciário na fixação das alíquotas do tributo estadual, atuando como legislador positivo, representaria grave ofensa ao princípio da separação dos poderes, norma fundamental da República Federativa do Brasil”** (TJES-Tribunal Pleno, MS 100040011239, Rel. Des. Catharina Maria Novaes Barcellos, DJ 11/03/2005). 2.4. Diante da competência tributária estadual para instituir o mencionado tributo, sem olvidar a prevalência do regime federativo e o equilíbrio tributário dos titulares do ICMS e a autonomia dos mesmos, não constata-se a inconstitucionalidade ou ilegalidade na incidência da alíquota de 25% nas operações internas com energia elétrica e nas prestações de serviço de comunicação. Portanto, não há falar em ato ilegal, tampouco em direito líquido e certo a amparar o pedido da impetrante. 2.5. Prejudicada a análise da compensação entre créditos tributários. 3. Segurança denegada. Unânime. .(grifo nosso)

A compreensão do STJ, foi em parte compartilhada pelo STF, que, em um mesmo ano, julgou duas situações semelhantes, de forma distinta.

Em julgamento de Recurso Extraordinário, RE 597304 SP, de 25 de março de 2014, o Supremo Tribunal Federal considerou que o princípio da seletividade, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços previstos no art. 155, § 2º, III, da CF, constitui apenas mera recomendação para o legislador ordinário e que não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade na adoção de alíquotas diferenciadas para a cobrança de impostos nas operações de fornecimento de energia elétrica e de serviços de telecomunicação. Oposto ao que foi decidido durante o julgamento do Recurso Extraordinário 65457 – RJ, publicado em 14 de agosto de 2014, no qual o Supremo Tribunal Federal entendeu que, apesar

da necessidade da observância da capacidade tributária do contribuinte, deve-se atender ao princípio da seletividade, e, neste caso, reconheceu que a energia elétrica é serviço essencial, decidindo pela inconstitucionalidade da legislação estadual do Estado do Rio de Janeiro que fixou em 25% a alíquota sobre os serviços de energia elétrica, determinando a aplicação da alíquota de 18%*.

STF- AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 634457(RJ)

STF

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇO DE ENERGIA 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. .(grifo nosso)

CONCLUSÃO

O uso da energia elétrica não se limitou à inovação tecnológica, como também criou uma dependência da sua disponibilidade que vai muito além do luxo de ostentar uma televisão, como era em meados do século passado. A existência de metas internacionais para universalizar o acesso à energia elétrica até 2030, devido a sua intrínseca relação com o desenvolvimento e melhora na qualidade de vida daqueles que a usufruem, somada aos objetivos nacionais, adotados pelo Governo Federal em 2011 através do programa “Luz para Todos”, evidenciam a importância do acesso à energia elétrica. E quando se trata de acesso, não basta que a ligação seja feita entre a rede elétrica e o domicílio ou empresa, é necessário que o seu consumo seja acessível, e, por isso, encarado pelo Estado como algo que deve ser viabilizado como interesse público. Os números do consumo de energia elétrica em Alagoas reforçam essa visão, pois, houve um crescimento de 152%, que acompanhou a evolução social de milhares de famílias através de programas sociais, reiterando que, ao sair de um estágio de miséria, uma das primeiras medidas de uma família é usufruir da energia elétrica,

principalmente através de bens de uso diário das residências, como geladeiras, lâmpadas e televisores.

O Estado de Alagoas, em consonância com a maioria dos outros estados da federação, classificou a energia elétrica como um produto supérfluo, ou seja, não essencial aos seus administrados, o mantendo no mesmo patamar de bebidas alcoólicas e cigarros. O que se caracteriza uma má-fé por parte dos poderes responsáveis pela construção legislativa estadual, que se utilizam da não exigência expressa, por parte da Constituição Federal de 1988, em declarar a essencialidade da energia elétrica, e deixá-la a critério do legislador estadual, ao apenas relatar que o ICMS deve, discricionariamente, ser seletivo de acordo com a essencialidade do produto. O legislador originário não limitou a essencialidade de nenhum produto, para a legislação do ICMS, devido o dinamismo social, porém, isso não torna a decisão absolutamente discricionária, é preciso que o legislador estadual analise a condição atual e classifique os produtos de acordo com a necessidade dos administrados, e não conforme a busca de arrecadação de receitas. Quando o administrador público opta pela balança fiscal ao acesso à energia elétrica, ele, inevitavelmente, aumenta o freio econômico promovido pelo Estado na produção de bens e serviços, tornando-os mais caros, além de afetar diretamente a qualidade de vida de seus contribuintes.

Porém, muitos daqueles que pagam o ICMS, se sentiram lesados por essa interpretação negativa da Carta Magna, e recorreram ao Poder Judiciário para arguir a essencialidade da energia elétrica, e as decisões recentes não tem sido unânimes quanto à essencialidade da energia elétrica. Como o ICMS é um tributo estadual, é natural que todos os tribunais estaduais julguem esse assunto, e pela pluralidade de nosso país, entendam o assunto de forma diferente. Através das decisões mais recentes nota-se, ainda, essa contradição: no Estado do Ceará, o Tribunal de Justiça entendeu que a energia elétrica é um produto essencial, e por isso deve sofrer uma tributação de produto não supérfluo, assim como o Tribunal de Justiça do Piauí, já o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, concordou com a visão de que a energia elétrica é não supérflua para seus contribuintes, porém, em casos de maior consumo, permitiu o aumento de alíquota para a de produto supérfluo. Nos tribunais superiores também não há pacificação sobre esse assunto, o Supremo Tribunal de Justiça, decidiu que o Poder Judiciário não deve determinar a alíquota a ser aplicada no consumo de energia elétrica, independente de sua essencialidade, pois, seria uma clara interferência do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo do Estado do Espírito Santo. A última instância do nosso ordenamento jurídico, o Supremo Tribunal Federal, também mostrou-se indeterminada quanto à compreensão da essencialidade da energia elétrica, pois, decidiu de forma oposta em dois

Recursos Extraordinários, em um mesmo ano, quando, ao analisar a legislação do Estado de São Paulo, entendeu que o artigo 155, § 2º, III da CF é meramente recomendativo, e, menos de seis meses depois, ao julgar a legislação tributária do Estado do Rio de Janeiro, optou pela inconstitucionalidade da lei estadual em questão, classificando a energia elétrica como produto essencial, exigindo respeito ao princípio da seletividade.

A não pacificação judicial do assunto somada à prioridade arrecadatória dos governos estaduais deixa os contribuintes em situação delicada, pois são sobretaxados para um produto essencial às necessidades básicas de qualidade de vida e desenvolvimento: a energia elétrica.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. Lei n. 5.900, de 27 de dezembro de 1996, Dispões sobre o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação – ICMS, nos termos da lei complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, e dá outras providências.. **Diário Oficial do Estado de Alagoas**, Maceió, AL, 27 dez. 1996. Disponível em: <<http://gcs.sefaz.al.gov.br/sfz-gcs-web/visualizarDocumento.action?key=RpE0GBZ%2B1y8%3D>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ALAGOAS. Lei n. 6.558, de 30 de dezembro de 2004, Institui o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - FECOEP, nos termos da Emenda Constitucional Federal nº 31, de 14 de dezembro de 2000. **Diário Oficial do Estado de Alagoas**, Maceió, AL, 31 dez. 2004. Disponível em: < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=117212>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 17 abr 2016

BRASIL. Decreto Lei n. 7.520, de 8 de julho de 2011, Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jul. 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7520.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.425 - ES, Relator: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, Brasília 04 de março de 2011. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18446494/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-32425-es-2010-0119941-1/inteiro-teor-18446495>>. Acesso em 17 de abril de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. STF - RE: 634457 RJ, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Brasília 05 de agosto de 2014. **ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-157**. Brasília, 15 de agosto de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO : RE 597304 SP, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Brasília 25 de março de 2014. **ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-063**. Brasília, 28 de março de 2014.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. APELAÇÃO. SENTENÇA PROCEDENTE DO PEDIDO. ICMS NAS OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ALÍQUOTA DE 27% (VINTE E SETE POR CENTO). AFETAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. MISTER O REDIMENSIONAMENTO PARA 17% (DEZESSETE POR CENTO). Ap. 03986822320108060001 CE 0398682-23.2010.8.06.0001. Apelante: Estado do Ceará. Apelado: Educadora ASC Ltda. Relator: FRANCISCO DARIVAL BESERRA PRIMO, 8ª Câmara Cível. Fortaleza, 16 de fevereiro de 2016.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. O fato gerador do ICMS nas operações com energia elétrica e seu reflexo na repartição de recitas. **Revista da ESMAL/ Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas** nº 1 - Maceió: ESMAL, 2002. p. 172/173.
NETTO, A. A. P.; NETO, M. C. L. A energia elétrica como mercadoria supérflua para fins do ICMS e seu controle judicial. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 24., 2015, Florianópolis. **Sítio do CONPEDI**. Disponível em:
<<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/z6ga0z97/1D256g21LIAWI039.pdf>>
Acesso: 05 abr. 2016.

PIAUÍ. Tribunal de Justiça. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA E TELECOMUNICAÇÕES. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO CONTRIBUINTE DE FATO. DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPROPRIEDADE DA VIA PROCESSUAL ELEITA. UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO. REEX 00082917220068180140 PI

201000010051025. Requerente: Estado do Piauí, Requerido: TV Rádio Clube de Teresina. Relator: Des. José James Gomes Pereira, 2ª Câmara Especializada Cível. Teresina, 10 de junho de 2014. Disponível em: < <http://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/293389312/apelacao-reexame-necessario-reex-82917220068180140-pi-201000010051025>>. Acesso 24 de abril de 2016.

SERGIPE. Tribunal de Justiça. COMBATE À LEGISLAÇÃO ESTADUAL DO ICMS - EXISTÊNCIA DE EFEITOS CONCRETOS - CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA COMBATER ALÍQUOTA INDEVIDA - PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. MS 2010110845 SE . Impetrante: FUNDACAO CLIMEDI ASSISTENCIA SOCIAL. Impetrado: ESTADO DE SERGIPE. Impetrado: SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA DO ESTADO DE SERGIPE. Relator: DES. EDSON ULISSES DE MELO, Tribunal Pleno. Aracaju, 15 de junho de 2011. Disponível em: < <http://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22866500/mandado-de-seguranca-ms-2010110845-se-tjse>>. Acesso em 24 de abril de 2016.

UN. United Nations General Assembly. 16/08/2012. Report of Secretary-General. Disponível em: <<http://www.se4all.org/sites/default/files/1/2013/10/SG-Report-to-GA-on-Intl-Year-of-SE4ALL.pdf>>. Acessado em: 27 abr 2016