

# PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE ICMS SOBRE PRODUTOS ESSENCIAIS COM FOCO NA ENERGIA ELÉTRICA.

Aparecida Maria Leite<sup>1</sup>

Ligia Maria Donini Moraes<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo irá explanar sobre um princípio de extrema necessidade para toda a sociedade brasileira: a seletividade dos produtos, das mercadorias ou dos serviços, destacando uma importante pesquisa sobre a cobrança do ICMS na conta de energia elétrica dos consumidores. Para tanto, também será analisado os conceitos do IPI dentro do princípio da Seletividade.

Palavras-chave: Energia Elétrica – ICMS – Poderá - Consumidor final - Princípio da Seletividade.

## INTRODUÇÃO

O significado de Seletividade, no âmbito jurídico, é que toda carga tributária incidente será cobrada de forma diferenciada. Para que esse produto possa enquadrar como seletivo, será necessário que haja uma análise sobre o grau de necessidade de consumo desses produtos ou serviços para a população, principalmente aqueles que não possuam um bom poder aquisitivo, devido à sua baixa remuneração. Pode-se destacar como produto essencial, por exemplo, os de cunho alimentício e os de higiene. Existe um rol conforme determina a TIPI (Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados) na Lei nº 8.544 de 2015.

Assim, tudo dependerá do tipo de mercadoria ou produto sendo ou não consideradas essenciais para a população, quando maior for à necessidade para o consumo humano, maior poderá ser enquadrado como essencial, tendo sua alíquota reduzida, e, em alguns casos, até isenta.

Após análise acerca do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), é feita uma abordagem do assunto quanto à aplicação do ICMS nas contas de energia elétrica, em especial, na legislação do Estado de Mato Grosso, referente ao percentual cobrado nas faturas residenciais e a respeito de sua legalidade.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário de Várzea Grande (UNIVAG). Email: <aparecida.leite@anhanguera.com.br>.

<sup>2</sup> Professora do Centro Universitário de Várzea Grande (UNIVAG). Especialista em Direito Tributário. Advogada. Email: <ligiaddonini@terra.com.br>.

Com base na legislação e tendo como foco o direito da população, a observância do princípio da seletividade é essencial frente ao consumo de energia elétrica, haja vista que a energia elétrica tem caráter essencial e como alguns doutrinadores se posicionam quanto ao assunto. Ao considerar a proeminência que a energia elétrica é para o cidadão, é muito importante analisar esse contexto no cenário estadual, quanto a sua essencialidade e o valor do percentual de ICMS cobrado na conta. O estudo será baseado na hipótese de a energia elétrica ser considerada essencial.

Um fator muito importante sobre as análises é a verificação dessa tributação quanto ao percentual cobrado nas contas, se de fato é realmente legal ou ilegal. Serão abordadas, também, algumas jurisprudências para melhor ajudar a interpretar e avaliar o posicionamento dos juristas, no que tange a aplicação do princípio da Seletividade.

#### CONCEITO DE PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE

O princípio da Seletividade tem a função de determinar o que de fato é essencial, ou seja, qual produto, mercadoria ou serviço deverá ter sua tributação reduzida ou majorada diante da essencialidade para a população.

Para melhor compreensão do significado do princípio da seletividade, convém destacar o entendimento de Paulsen e Melo 2016 sobre o tema que, segundo os autores, o imposto pode ser seletivo de acordo com sua essencialidade.

Através do ICMS poderia com a aplicação do princípio da seletividade, a exclusão dessa cobrança nos produtos que compõem a cesta básica da população mais carente, a exemplo teríamos alimentos, produtos de higiene, material escolar, o que nem sempre é observado como no caso de fornecimento de energia elétrica e prestação de serviços de telecomunicação que possam a ter valores de alíquotas de 25%. (PAUSEN; MELO, 2016, p.352).

A seletividade significa essencialidade ou mostrar aquilo que se considera desnecessário para a sobrevivência da sociedade, mostrar que a sua falta não interferirá na vida do ser humano, dessa forma, a classificação visa ser uma aplicação justa para os consumidores com condições financeiras menores.

Quando se fala em seletividade, procura ser destacado através da tributação incidente sobre as mercadorias fazer uma variação da carga incidente ao consumidor. Será avaliado, através das mercadorias, visando sempre à proteção do consumidor que não possui renda familiar, tendo que administrar seu consumo comprando apenas produtos que realmente sejam primordiais na alimentação diária de sua família, através desse contexto pode ser concluído e observado a importância e finalidade.

Pode-se ligar esse princípio a outro chamado Princípio da Capacidade Contributiva, toda vez que se refere ao poder de aquisição do consumidor final, quanto maior for o poder de compra, maior será sua capacidade de contribuição no pagamento de impostos, se esse consumidor com poder de compra adquirir produtos e mercadorias considerados de certa forma consumidos apenas para pessoas que tenham uma renda maior, esse mesmo produto pode estar na TIPI com uma alíquota diferenciada.

Sabe-se que um dos principais bens móveis de grande utilidade e necessidade para todas as classes é a energia elétrica, onde há uma enorme discussão sobre a tributação incidente nas contas dos consumidores como a cobrança do ICMS, será pesquisada a grande polêmica dos doutrinadores em relação ao “poderá”, com a intenção de respondermos a vários questionamentos sobre a cobrança do ICMS na conta de energia elétrica da população. Perguntas: A energia elétrica é ou não um bem móvel essencial para os consumidores?

Energia elétrica está ligada ao princípio da seletividade, visa diretamente a esse consumidor quanto a sua capacidade de pagamento dos impostos incidentes, há uma preocupação vinculada a outro Princípio, o da Igualdade, sendo que as pessoas de baixa renda necessitam do consumo para sua sobrevivência, por outro lado, temos aquele consumidor com renda superior e com condições de aquisição maior e que usam esses produtos ou serviços considerados supérfluos, pois tem poder de compra maior.

Desta forma, os produtos e serviços fornecidos a população serão tratados de forma igualitária na tributação quando considerados essenciais a população, já os consumidores com renda maior que podem ter acesso aos mesmos considerados supérfluos, deverão arcar com uma carga tributária maior.

O princípio da Seletividade está atrelado, de acordo com os princípios da Constituição Federal de 1988, com o Salário Mínimo, que leva em consideração as necessidades vitais como, por exemplo, saúde, higiene, transporte, vestuário entre outros. (Art. 7º, inciso IV, da CF). Quanto mais essencial for esse produto devemos ter uma menor carga tributária como, por exemplo, cesta básica, se, todavia, aqueles que são considerados desnecessários como, por exemplo, o cigarro com uma carga tributária alta, que nada contribui para a saúde da população com prejuízos até mesmo irreparáveis. Tudo isto está fundamenta no art. 153, § 3º, I, da CF, que determina em seu inciso I que esses produtos serão considerados essenciais de acordo com a necessidade de consumo do consumidor, ou seja, sua função.

**SELETIVIDADE NO IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI)**

O imposto IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados) é um imposto seletivo, o que significa que a atribuição de alíquotas será de acordo com a essencialidade de cada mercadoria destinada ao consumo, e no momento da aplicação sendo consideradas essências alíquotas menores, todavia, mercadorias cujo teor seja considerado irrelevante ou supérfluo terão alíquotas maiores.

O IPI é imposto real recaindo sobre uma determinada categoria de bens, ou seja, produtos da indústria. É gravame federal de forte interesse fiscal, uma vez que representa importante incremento no orçamento do Fisco. Paralelamente a essa importante função arrecadatória, que lhe é insita, perfaz relevante função regulatória do mercado, uma vez que vem onerar mais gravosamente artigos supérfluos e nocivos à saúde. Tal mecanismo de regulação se manifesta na busca da essencialidade do produto, variando a exação na razão inversa da necessidade do bem. Com efeito, urge mencionar que o IPI é imposto seletivo. (SABBAG; EDUARDO, 2011, p. 1.068).

Todo esse tratamento visa à preocupação com as classes sociais, quando se determina que as mercadorias consumidas por todas as classes tenham uma tributação menor ou até mesmo sem incidência de tributos. Assim, caberá a União, por meio da TIPI, estabelecer a não tributação e as alíquotas, sendo que isso não ocorre com mercadorias consumidas por apenas classes sociais considerados médias ou até altas, que possuem o poder de compra maior, essas terão que arcar com uma tributação onerosa devido ao fato do produto ser supérfluo.

O art. 153, § 3º, inciso I, da CF deixa cristalino que este imposto será seletivo caso seja considerado realmente essencial para o consumo da população. A lei determina que se o produto ou serviço tiver relevância para a sociedade terá sua alíquota reduzida, caso seja uns produtos ou mercadorias que nada poderia interferir na sobrevivência da população terá sua alíquota majorada.

Para se verificar o imposto incidente sobre o produto no caso específico do IPI existe uma tabela, já mencionada em outros tópicos anteriores, chamada de TIPI, onde no caso em análise pode variar ou até mesmo inexistir cobrança.

Cabe ressaltar que a TIPI tem em sua tabela vários produtos com a alíquota zero, a isenção é que o consumo seja maior pela necessidade desses bens.

Um fato importante é que esse produto com alíquota zero tem sua nulidade devido a uma política do governo. A TIPI apresenta em sua lista alguns produtos classificados com NT (não tributável) pode ser citado, como exemplo, livros, jornais, revistas, animais vivos e alguns bens primários que não caracterizam industrialização, porém, estão na tabela TIPI apenas por ser sujeito da Fazenda Pública.

Ainda existem bens que são isentos, a tabela pode ser atualizada dependendo do contexto social e político do governo federal. Um fato relevante para a nossa análise é que não precisa de aprovação do Congresso Nacional, bastando apenas que o executivo modifique a alíquota de certo produto através de decreto como, por exemplo, os de nº 7.543/11 e 6.890/09 que alteraram a tabela TIPI.

Quando pensarmos em princípio da seletividade, estaremos ligando a Justiça Social, pois, caro leitor, este princípio visa, como já mencionado nos outros parágrafos, ajudar aqueles com menor poder aquisitivo a adquirir produtos ou serviços considerados importantes para o consumo de todo ser humano, independentemente até mesmo de classe social.

#### SELETIVIDADE NO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS)

Um fato histórico na gênese do imposto ICMS previamente a nossa Carta Magna de 1988, esse imposto era chamado de ICM, pois apenas atingia as mercadorias em circulação, após a Constituição Federal que foi acrescentada na prestação de serviços, transporte sendo interestadual e intermunicipal e também de comunicação, tudo isso explica porque foi acrescentado o “S” no imposto passando a se chamar ICMS.

O ICMS é um tributo que tem a função “fiscal” e representa um dos maiores tributos de arrecadação para os cofres públicos. Mesmo que seja considerado seletivo pela Constituição Federal de 1988 nas mercadorias ou na prestação de serviços (CF, art. 155, § 2º, III) outro fato a ser destacado é a extra fiscalidade dada ao tributo, se na faculdade que o legislador deu ao estado da observação quanto à essencialidade das mercadorias ou serviços, aplicando o princípio, teríamos o que já foi colocado nos vários parágrafos em relação a capacidade contributiva, ou seja, todos os produtos ou serviços considerados essenciais e que sejam adquiridos para todas as classes sociais, tem um tratamento fiscal diferenciado na cobrança do ICMS, contudo, aqueles produtos ou mercadorias que são adquiridos apenas por classes sociais média ou alta, terão sim a elevação na cobrança de ICMS.

O ICMS tem sua sistemática muito parecida com a do IPI, sendo indireto, ou seja, aquele que será pago pelo consumidor final. Neste caso será falado especificamente em transação tributária, ou seja, há o momento do “de jure” onde é alienado as mercadorias ou serviço ao “de facto” ao consumidor que compra ou adquire aquele produto ou mercadoria.

Da mesma forma como no caso em epígrafe estudado no IPI, podemos destacar a ligação forte entre os dois princípios da seletividade e da capacidade contributiva, onde o

legislador quer preservar que o consumidor final assumira uma alta carga tributária em produtos ou mercadorias ou mesmo serviços, que fique oneroso a ponto de ser impossível aos consumidores que detêm pouca capacidade de compra.

Deve ser destacado alguns pontos muito importantes do art. 155, § 2º, II, CF onde é determinado que a isenção ou não incidência diz que não existirá crédito para compensação, será anulado os créditos relativos a operações anteriores, e que poderá ser seletivo de acordo com essencialidade das mercadorias ou da prestação de serviços. Cada caso é verificado de acordo com a legislação pertinente para aplicação dessas alíquotas.

Todas as mercadorias consideradas de fundamental relevância ao ser humano, de modo geral, independentemente de quem seja: criança, idoso, jovem ou adulto, como, por exemplo, os que compõem a cesta básica, os produtos utilizados na higiene, os materiais escolares, estes deveriam através da seletividade excluir a incidência do ICMS, contudo, temos ainda que analisar a legislação estadual.

Neste momento começamos a entrar num contexto da pesquisa de fundamental importância, sendo ainda pertencente a várias discussões de doutrinadores com o verbo “poderá” ser seletivo.

Este verbo “poderá” deixou um enorme conflito em relação à incidência ou não da cobrança do ICMS relacionado ao princípio da seletividade, já que ficou, em tese, a critério de cada Estado da Federação a discricionariedade sobre a aplicação ou não da seletividade.

Assim, percebe-se uma grande lacuna, restando ao Estado avaliar, fiscalizar, cobrar e controlar a essencialidade das mercadorias ou produtos destinados ao consumidor final.

Todavia, cabe ao poder Judiciário verificar a correta aplicação do Princípio da Seletividade nos Estados, sendo que cada ente terá sua legislação específica, sua mensuração e, por isso, essas alíquotas podem variar, sendo que o legislador da nossa Constituição Federal de 1988 deu aos Estados um grande poder na aplicação de suas alíquotas.

O art. 155, §2º, III, da CF permitiu a seletividade do ICMS (recorde-se para o IPI a seletividade é obrigatória-CF art.153, §3º, I).

Caso o legislador estadual opte por adotar a seletividade, as alíquotas deverão se 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, desonerando os bens de essenciais, consumidos por pessoas integrantes de todas as classes sociais. (ALEXANDRE; RICARDO, 2016, p. 623).

Percebe-se que há uma discussão jurídica muito importante para ser analisada, sendo o

principal objetivo deste estudo, onde a seletividade é totalmente ligada à capacidade contributiva, já mencionada em parágrafos anteriores, e a grande preocupação é com o consumidor final, com a carga tributária que esse consumidor possa a vir pagar.

No primeiro momento, o legislador na CF (art. 153 §3º, I), sobre o IPI, diz que será seletivo, não abrindo nenhuma lacuna, porém, no que tange ao ICMS a CF disse que “poderá”, abrindo lacunas para várias discussões, já que, para muitos, este verbo “poderá” deve ser interpretado como “deverá”.

Cabe ressaltar que não pode uma mera faculdade do Estado de Mato Grosso, escolher se quer ou não analisar o princípio da seletividade, acontece que é sim obrigatória a observação quanto à seletividade, tanto para o IPI quanto para o ICMS.

Assim, a energia elétrica é um bem necessário para a inclusão social das famílias brasileiras, todavia, o que se observa é um desrespeito a nossa CF no tratamento das alíquotas do ICMS pelo Estado de Mato Grosso.

No art. 155, § 2º, inciso III, da nossa CF, a energia elétrica tem por obrigatoriedade ter alíquotas de acordo com o princípio da seletividade, devido a sua essencialidade, como, por exemplo, inclusão social, desenvolvimento econômico, qualidade de vida da população.

Mesmo que tenham doutrinadores que concordam com a livre escolha dos entes estaduais, em suas legislações, como é o caso do Estado de Mato Grosso que majora em 27 % a cobrança de ICMS. O art. 48 do CTN diz que será seletivo de acordo com função dos produtos, e a Energia Elétrica é de fato um bem de extrema necessidade e utilidade à população.

A energia elétrica, quando determinada pelo ente estadual como um bem supérfluo, onde há apenas a preocupação dos Governadores com o volume de arrecadação de ICMS, para os cofres públicos, sendo arbitrário ao que a nossa Carta Magna determinou quanto à essencialidade. É totalmente inconstitucional o regulamento do ICMS na nova lei de 9.362/10 quando prevê alíquotas de até 27% sobre a Energia Elétrica, sendo adversa ao princípio da seletividade.

A legislação do ICMS do Estado de Mato Grosso age de forma errônea na cobrança da alíquota, de acordo com o princípio da seletividade, conforme dispõe o art. 155, § 2º, da CF. É totalmente desequilibrado e incoerente que a tributação da energia elétrica tenha percentuais de alíquotas de ICMS superior a alguns tipos de mercadorias como, por exemplo, armas, fumo e bebidas alcoólicas.

Há um grande equívoco quando a lei estadual faz diferenciações aos consumidores enquanto domiciliar, rurais, industriais, afrontando o Princípio da Isonomia Tributária art. 150, II, da CF.

A energia elétrica é um bem essencial à dignidade humana, a sobrevivência, a integração a sociedade, desenvolvimento social e econômico, por isso, é inadmissível quando comparado com mercadorias ou prestação de serviços supérfluos.

Destaca-se ainda, os seguintes pontos:

- a) Caso as mercadorias ou prestação de serviços sejam considerados cruciais, há cobrança do imposto de ICMS se não for possível à isenção;
- b) Mercadorias ou Prestação de serviços necessários devem ter a cobrança do ICMS pelo menos moderado.
- c) Mercadorias ou Prestação de Serviços que sejam considerados dispensáveis devem ter a cobrança de ICMS majorada.

#### TARIFA SOCIAL DE ENERGIA ELETRICA –TSEE (ANEEL) X SEFAZ – MT

A TSEE no seu art. 110 da Lei n.º 12.212/2010, foi criada para consumidores considerados de Baixa Renda, esse consumidor, tem descontos sobre sua tarifa que são aplicáveis a residências conforme mencionado abaixo:

I- Se a energia mensal tiver um consumo menor ou igual a 30 kwh, esse desconto será de 65%.

II- Se a energia mensal tiver um consumo superior a 30 kwh ou igual a 100 kwh, o desconto será de 40%.

III- Se a energia mensal tiver um consumo superior a 100 kwh e inferior a 220 kwh terá desconto de 10%.

IV- Para todas as parcelas superiores a 220 kwh não incide desconto nenhum.

§1º As classes consideradas de Baixa Renda Índigena e Baixa Renda Quilombola terá desconto de 100% até o limite de consumo de 50kwh por mês.

§2º Sobre o consumo excedente ao §1º terá desconto sobre a tarifa elétrica conforme estabelecido nos incisos deste artigo, a partir da parcela de consumo que se enquadrar no inciso II.

§4º O efeito dos descontos previstos no caput sobre os TRIBUTOS incidentes deverá observar a legislação do Estado de Mato Grosso.

A partir desse parágrafo 4º da Resolução normativa de nº 414/2010 atualizada até REN 499/2012 (Aneel), passaremos a analisar como a legislação do Estado de Mato Grosso procede frente ao princípio da seletividade e a capacidade contributiva dos consumidores mato-grossenses de acordo com o regulamento ICMS/2014.

O Estado de Mato Grosso, através da legislação do ICMS, determina o seguinte teto para a cobrança, conforme disposto na Lei 7272/00.

VII - variáveis de acordo com as faixas de consumo de energia elétrica, conforme os percentuais abaixo:

- a) classe residencial. (Nova redação dada à alínea pela Lei 9.362/10)
  - 1 - consumo mensal de até 100 (cem) Kwh - zero por cento;
  - 2 - consumo mensal acima de 100 (cem) Kwh e até 150 (cento e cinquenta) Kwh - 10% (dez por cento);
  - 3 - consumo mensal acima de 150 (cento e cinquenta) Kwh e até 250 (duzentos e cinquenta) Kwh - 17% (dezesete por cento);
  - 4 - consumo mensal acima de 250 (duzentos e cinquenta) Kwh e até 500 (quinhentos) Kwh - 25% (vinte e cinco por cento);
  - 5 - consumo mensal acima de 500 (quinhentos) Kwh - 27% (vinte e sete por cento);

Energia elétrica é um bem de extrema necessidade para a população e quando se pensa em comunidade carente, logo podemos destacar a inclusão social, levar energia para todos independente de lugar ou condição social e dar oportunidades cobrando tarifas e tributos acessíveis que essas pessoas possam pagar.

Em síntese, a energia elétrica é de fundamental importância para a qualidade de vida das pessoas.

O Brasil, com o Decreto 7.520 de 8 de julho de 2011, criou um programa com o nome Luz para Todos que tinha o objetivo de dar condições para os menos favorecidos de ter acesso a energia elétrica em suas residências a esse bem, foi entre o período de 2011 a 2014.

Quando analisamos a legislação do estado de Mato Grosso percebemos que mesmo com as atribuições destacadas acima em KWh ainda há um grande descumprimento ao princípio da seletividade quando atribuída alíquota máxima de 27%, desta forma, classifica-se no mesmo rol dos produtos considerados supérfluos como, por exemplo, a cerveja e o refrigerante.

O dispositivo aplica uma alíquota de 27% para as residências ou demais classes, que tenham consumo superior a 500 Kwh. A uma enorme afronta do art. 153, § 2º, inc. I, da nossa Legislação do Estado de Mato Grosso, no momento de determinar a essencialidade da energia elétrica apenas para aqueles consumidores que utilizam até 150 Kwh, esses terão suas alíquotas de 10%, uma arbitrariedade e falta de interpretação da nossa Carta Magna ao estabelecer sim a obrigatoriedade.

Conclui-se que existe um grande conflito existente sobre a cobrança do ICMS na conta de energia elétrica, porque muitas vezes ficam equiparados a produtos considerados supérfluos como perfumes, cigarros e bebidas alcoólicas.

Conforme art. 48 da CTN a energia elétrica por ter uma relevante função de desenvolvimento, onde se faz necessário a toda a população brasileira e não somente ao estado de Mato Grosso, deve sim ter alíquotas menos onerosas por ser um bem essencial para a vida e o desenvolvimento de todas as cidades.

### PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE, ICMS, ENERGIA ELÉTRICOS E JULGADOS

A nossa Constituição Federal de 1988 deu aptidão aos Estados para a cobrança do imposto ICMS, o que ocorre neste caso é uma enorme arbitrariedade desses vários estados, tratando a Energia Elétrica como se fosse um bem desnecessário, igualando aos bens considerados supérfluos.

Isto se justifica por ser um imposto que trás a maior arrecadação aos cofres públicos, o que se verifica é a preocupação do montante da receita que o Estado receberá, despreocupados se estão ou não infringindo os interesses da maioria da população brasileira.

Observam-se alguns julgados no Poder Judiciário com divergências em suas próprias decisões, na maioria dos tribunais as interpretações são todas inconcordantes, percebe-se a falta de uma súmula vinculante que poderia ajudar a esclarecer melhor as decisões, o resultado é que cada ente federativo estadual estabelece de forma aleatória a cobrança de suas alíquotas.

A diante, primeiramente um julgado do Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso:

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE AD CAUSAM - REJEITADA - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE - ESSENCIALIDADE - FACULDADE - DISCRICIONALIDADE - ALIQUOTA DIFERENCIADA - CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.

A federação sindical é parte legítima para propor ação declaratória de inconstitucionalidade, nos termo do artigo 124, VIII da Constituição do Estado de Mato Grosso. Da interpretação do disposto no artigo 155, § 2º, inc. III, da Constituição da República e 153, § 2º, inc. I, da Constituição do Estado de Mato Grosso, extrai-se que a seletividade na fixação das alíquotas do ICMS é uma faculdade conferida ao legislador, e não uma obrigatoriedade. 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, sob pena de infringir o princípio da separação dos poderes. (ADI 87002/2010, DES. CARLOS ALBERTO ALVES DA ROCHA, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 26/05/2011, Publicado no DJE 11/07/2011).

Ao julgar a ADI de nº 87002/2010, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso proferiu, em maioria, que a ação foi improcedente.

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso através de seus relatores com considerações do então Desembargador Carlos Alberto Alves da Rocha que manifestou algumas posições que serão elencadas abaixo sendo que outros Desembargadores que faziam parte do colendo Tribunal concordaram e tinha como argumento que:

1) em relação ao ICMS o legislador infraconstitucional tem a faculdade de decidir estabelecendo seus próprios critérios na tributação do ICMS, ou seja cada ente estadual determina sua alíquota;

2) o contribuinte não tem direito subjetivo à seletividade, se tratando apenas de uma mera norma que tem o objetivo de dar norte aos legisladores;

3) não existe uma definição legal referente as alíquotas de cobrança de ICMS sobre a energia elétrica;

4) normas estaduais visam o princípio da capacidade contributiva (CF, art. 145), em desvantagem ao princípio da seletividade;

5) há uma grande preocupação da legislação estadual com o Princípio da Igualdade, quando se onera mais aqueles contribuintes de fato, que tem condições de arcar como impostos de 27% em sua conta de energia elétrica.

6) cabe ao poder Estadual estabelecer alíquotas através de sua política fiscal, não cabe ao Poder Judiciário intervir sob pena de afrontar ao princípio da Separação dos Poderes.

Percebe-se que mesmo os Desembargadores votando a favor do relator, demonstram ainda fragilidade em suas decisões, com muitas dúvidas sob a correta aplicação da lei. Porém, alguns doutrinadores se posicionam sobre a correta interpretação dela.

Seletividade uma manifestação do princípio da capacidade contributiva, na medida em que expressa a preocupação com o ônus financeiro do contribuinte “de fato”. Cabe questionar, à vista da norma ora em análise e diante da dicção da regra da seletividade aplicável ao IPI (art. 153, §3º, I), se há diferença entre ambas. É que, em relação ao IPI, como v isto, a Constituição declara que o imposto “será seletivo”, enquanto no que tange ao ICMS, que este “poderá ser seletivo”. Entendemos, com a devida licença dos que pensam diversamente, que as expressões são equivalentes,

não traduzindo, no caso do imposto estadual, uma mera faculdade para a adoção da seletividade, já que a noção de “direito – faculdade” é própria do direito privado. De outro lado, “poder” atribuído ao Estado é, em verdade, um poder – dever. Dessarte, a regra é obrigatória tanto para IPI quanto para ICMS. (COSTA; REGINA HELENA, 2009, p.370)

Iremos analisar agora um recurso ordinário de nº 714.139- SC que refrete exatamente o posicionamento mais correto em relação ao Princípio da Seletividade e a polêmica aplicação em relação à energia elétrica

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO

recurso extraordinário não é meio próprio ao revolvimento da prova, também não servindo à interpretação de normas estritamente legais. AGRAVO

§ 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé. (STF - RE: 714139 SC, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 19/03/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-078 DIVULG 25-04-2013 PUBLIC 26-04-2013)

MATÉRIA

ARTIGO 5

MULTA.

Neste recurso extraordinário interposto pelas Lojas Americanas em face do Estado de Santa Catarina que teve grande repercussão questionando a aplicação do princípio da seletividade conforme art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal.

As Lojas Americanas através de seu procurador vem pleitear um direito ora obscuro ainda, porém de extrema necessidade de observação por parte dos legisladores estaduais que fazem vista grossa sobre a sua aplicação.

Principalmente quando comparada com produtos considerados supérfluos como armas, bebidas alcoólicas e fumo sendo sua cobrança totalmente desproporcional e irrazoável.

Observa ainda que a lei estadual não pode deixar de observar e aplicar a norma prevista no art. 155, §2º, III, da CF simplesmente por uma inobservância da Constituição com a utilização dos verbos poderá ser seletivo onde deveria ser utilizado deverá ser seletivo, evitaria inúmeras incontroversas dentro dos próprios tribunais.

Emenda: trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto por jubiabá veículos ltda, jacuípe veículos ltda e jubiabá autos e comerciais ltda., pessoas jurídicas de direito privado qualificadas nos autos, confrontando decisão interlocutória proferida pelo mm. Juiz de direito da 9ª vara da fazenda pública da comarca de salvador, que indeferiu o pedido liminar formulado nos autos do mandado de segurança nº 0045778-29.2010.805.0001. A aludida decisão, embora reconhecendo a

relevância c

não vislumbrou os requisitos necessários para a concessão do pleito liminar - suspensão da exigibilidade do crédito tributário referente ao ICMS sobre a aquisição de energia elétrica -, indeferindo-o, conforme cópia acostada às fls. 132/133. Argumentam as agravantes, no entanto, que para o exercício de suas atividades (comércio varejista de veículos automotores) é imprescindível o emprego de energia elétrica, instituindo o estado da bahia a respectiva cobrança de icms mediante alíquota de 27% (vinte e sete por cento), de acordo com o ricms/ba e decreto nº 8.149/02. Tratando-se de mercadoria

essencial  , deveri

princípio da seletividade, consagrado no artigo 155, ii, e § 2º, iii, da constituição federal, entendendo as impetrantes que a tributação praticada pelo estado torna-se abusiva em face do tratamento constitucional da matéria. Acrescentam que a exigibilidade da prestação tributária

consectários e carga eficaz que enseja ao contribuinte que se exime de recolhê-lo uma capitis diminuto que virtualmente inviabiliza a continuidade da sua empresa. Trata-se de medidas que vão da negação da expedição de certidão negativa de débito, à inscrição em cadastros de inadimplentes, passando pela exclusão de regimes especiais e programas de parcelamento, restrições ao crédito comercial e bancário, e indo até a cassação da inscrição estadual do contribuinte

Concluem, então, pela existência dos requisitos que determinam o deferimento da liminar desacolhida em primeiro grau, reclamando a concessão de efeito suspensivo ativo ao presente agravo, suspendendo-se a exigibilidade do ICMS incidente sobre a aquisição de energia elétrica à alíquota de 27% (vinte e sete por cento), posto

Tratar-se a agravante, transmissora de televisão aberta, de concessionária de serviço de comunicação outorgado pela união federal, arrisca-se ainda a ter negada a renovação da sua concessão, o que deflagraria o fim de suas atividades

Documentos às fls. 41/232. É, no que interessa, o relatório. Presentes os pressupostos de admissibilidade e inexistindo empecilhos de trato preliminar, passo ao conhecimento do mérito recursal. Na aferição do pedido de liminar em sede mandamental o órgão julgador deve verificar a

invocados

quando do julgamento final (artigo 7º da lei nº 12.016/09). O juízo de primeiro grau, in casu, não variou desta fórmula, não vislumbrando a

irreparável

para obter a reparação de qualquer dano sofrido antes da entrega da prestação jurisdicional definitiva

esgrimida na impetração, posto que não há questionar a essencialidade do consumo de energia elétrica na vida moderna, sendo explícita, por outro lado, a

autorização constitucional no sentido de que o ICMS poderá ser seletivo conforme a dita essencialidade (artigo 155, § 2º, iii, da CF/88). É inequívoca a repercussão dos custos de energia elétrica na dinâmica empresarial das impetrantes (revendedoras de veículos, e não

consignado na fundamentação da inicial), sendo instantâneas as conseqüências caso mantenham-se obrigadas ao recolhimento do ICMS nos moldes concebidos na legislação estadual. Ora, se aos demais gêneros de primeira necessidade a legislação do ICMS institui alíquota de 7%, parece razoável inferir que, sendo a energia elétrica bem de consumo essencial, sobretudo para a atividade das requerentes, deve submeter-se ao mesmo regime de tributação, e não remanescer no patamar da alíquota mais elevada (27%), aplicável a produtos de luxo ou supérfluos. Assim, a relevância da impetração desponta a partir da diretriz constitucional em prol da seletividade do ICMS, na medida da essencialidade do bem tributado, qualidade intrínseca do consumo de energia na vida moderna. Disso decorre também o

da demora das empresas. Ante o exposto, defiro a concessão de efeito suspensivo ativo, para autorizar, em favor das agravantes, o recolhimento do ICMS que lhes é cobrado sob o consumo de energia elétrica mediante alíquota de 7%, nos termos do pedido.

Oficie-se ao juízo de primeiro grau para que adote as providências necessárias ao cumprimento da liminar, requisitando-lhe ainda as informações atinentes no prazo de lei. Intime-se a parte agravada para, querendo, apresentar contra-razões, no decêndio legal. À secretaria da segunda câmara cível para adoção das providências de estilo.

Neste agravo de instrumento interposto pelas empresas Porjubiabá Veículos Ltda, Jacuípe Veículos Ltda e Jubiabá Autos e Comerciais Ltda, em face do Estado de Bahia questionando a aplicação de alíquotas de 27 % sobre o consumo de energia elétrica das empresas, onde destacam o abuso do ente estadual, trazendo a inviabilidade do negócio.

As Empresas Porjubiabá Veículos, Jacuípe Veículos Ltda e Jubiabá Autos e Comerciais Ltda através de seus procuradores vem pleitear o seus direitos como contribuinte ora aturdido, todavia necessária a economia empresarial, não tendo interesse de não contribuir com o recolhimentos dos impostos porém argumenta que deve ser recolhido dentro da normalidade de cobrança que enseja o ICMS, na análise os relatores acolheram os pedidos dos autores, pois reconheceram a aplicação do princípio da seletividade, através da aplicação na conta de energia elétrica destacando que a cobrança deve ser de 7% de acordo com os produtos essenciais.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A energia elétrica é um bem móvel que viabilizou a evolução econômica, social e tecnológica para toda a população brasileira. É um bem móvel que trás as inclusões sociais dos menos favorecidos, ou até mesmo miseráveis principalmente através da informação. Existem metas internacionais com a distribuição de energia elétrica com data provável do ano de 2030, com objetivo de dar melhor qualidade de vida para todos independentemente de classe social. Quando se fala em Brasil, destaca-se crescimento com o uso da energia elétrica desde a implantação do Governo Federal em 2011 com o programa “Luz para Todos”.

É necessário quando se analisa a importância da energia elétrica sob o prisma de ser fundamental importante e acessível a todos independentemente de domiciliar, rural ou empresarial, o Estado precisa olhar de uma forma prioritária, porque tem caráter de ordem público.

Quando o Governo Federal implantou o programa “Luz para todos” no ano de 2011, o nosso Estado, segundo dados do Anuário Estatístico de Energia Elétrica (2016), Empresa de Pesquisa Energética, consumia em 2011 6.278 GWh e, ao fim de 2015, consumia 8.117 GWh, um crescimento de 77% em 5 anos. Destaca-se a importância da acessibilidade às famílias consideradas miseráveis, passam a poder usufruir da informação com o uso da televisão, internet, podendo ter uma geladeira para conservar seus mantimentos, até mesmo de uso diário de crianças, idosos, evitando dar alimentos estragados por falta de conservação em local apropriado.

Mato Grosso assim como outros estados, analisa e atribui a energia elétrica como um bem móvel não essencial a população, ficando no patamar de supérfluo, e se comparar a tributação majorada em 27 % com os bens como bebidas, cigarros, o legislador quando editou

a lei estadual não analisou a arbitrariedade que estava sendo feita na edição da lei, baseado na interpretação equivocada da nossa Constituição Federal de 1988.

Essa má interpretação vem sendo usado em benefício do Estado na ânsia de recolher mais dinheiro para os cofres públicos, até porque hoje o ICMS é um dos impostos que trazem a maior arrecadação para os Estados.

A CF não estabeleceu os produtos que poderiam ser considerados essenciais, quando se fala em ICMS, a explicação seria a evolução social, entretanto, sabemos que a decisão e avaliação dos produtos e serviços devem ser avaliados de acordo com a sua essencialidade, não pode o Estado agir discricionariamente, é necessário que esse legislador avalie o momento econômico, ou a situação atual para classificar esses produtos e não apenas em função de arrecadação de receita pública.

Quando se fala em Estado, sabe-se que existe a Contabilidade Pública, que o Estado tem um planejamento econômico de arrecadação de receitas públicas, com base na lei 4.320 de 17 de março de 1964, e qualquer mudança radical na atualidade poderia ocasionar um caos aos entes estaduais, todavia, o Estado precisa urgentemente avaliar sua legislação e aplicar de forma correta visando o interesse do povo. O legislador estadual deve avaliar o momento econômico, a conjuntura e o que é ainda mais evidente, a necessidade de uso desses produtos ou serviços à população, pois cabe ao Estado ter o cuidado na prestação de serviço a população.

Temos inúmeros processos de contribuintes se sentindo lesados, pela falta de interpretação correta na aplicação da alíquota de ICMS pelos estados em relação a nossa CF, pleiteando e questionando a essencialidade na cobrança da Energia Elétrica, e percebe-se que mesmo o judiciário seja Tribunal de Justiça Estadual ou Supremo Tribunal de Justiça as decisões são bastante divergentes, devido ainda ser uma questão conflitante mesmo aos mais entendidos da Lei.

Mesmo nos Tribunais Superiores, ainda não existe uma pacificação quanto ao assunto se a energia elétrica de fato é essencial ou não, todavia o Supremo Tribunal de Justiça analisou e declarou que o Poder Judiciário não pode atribuir as alíquotas de cobrança nas contas de energia elétrica dos consumidores, mesmo sendo essencial, pois acarretaria um desconforto entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo Estadual de Mato Grosso.

Entretanto, o nossa maior estância do ordenamento jurídico, o Supremo Tribunal Federal, ainda encontra-se hesitante quanto as suas decisões sobre a essencialidade da energia

elétrica, pois, temos dois julgados de Recursos Extraordinários, sendo um do Estado de São Paulo, que conforme art. 155, § 2º, III, da CF disse ser apenas aconselhável, e em uma segunda análise para julgar a aplicação pelo Estado do Rio de Janeiro, decidiu pela inconstitucionalidade da aplicação da lei estadual quanto à cobrança das alíquotas, destacando que a Energia Elétrica é de fato um produto essencial aos consumidores de fato.

Essa falta de pacificação trás enormes prejuízos a toda a população brasileira, que vem sendo massacrada com essa enorme carga tributária de impostos, tornando a vida da população difícil não tendo condições de ter qualidade de vida, tornando e dificultando a evolução da economia, hoje energia elétrica é desenvolvimento, inclusão social.

Energia Elétrica é um bem essencial, necessário e importante para uma melhor qualidade de vida da população, traz desenvolvimento econômico, inclusão social dos menos favorecidos, faz que as empresas possam contratar mais trabalhadores, uma vez que a cobrança de elétrica tenha alíquotas cobradas de forma harmoniosa, de acordo com o princípio da seletividade, enfim trás inúmeros benefícios para toda a sociedade brasileira. Sendo inadmissível sua cobrança de forma arbitrária e sem limites.

#### REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Margarida. **Manual de Introdução à metodologia do trabalho científico: elaboração de trabalhos de graduação** / Maria Margarida de Andrade. – 10 ed.- São Paulo: Atlas, 2010

ANEEL. REN N° **414/2010**: CONDIÇÕES GERAIS DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. Brasília-DF: Aneel, 2010. Disponível em: <[http://www2.aneel.gov.br/biblioteca/downloads/livros/REN\\_414\\_2010\\_atual\\_REN\\_499\\_2012.pdf](http://www2.aneel.gov.br/biblioteca/downloads/livros/REN_414_2010_atual_REN_499_2012.pdf)>. Acesso em 23 out. de 2016.

ANUÁRIO ESTATÍSTICO DE ENERGIA ELÉTRICA 2016. Rio de Janeiro: **Ministério de Minas e Energia e Empresa de Pesquisa Energética**, 2016. Disponível: <http://www.epe.gov.br/AnuarioEstatisticodeEnergiaEletrica/Anu%C3%A1rio%20Estat%C3%ADstico%20de%20Energia%20El%C3%A9trica%202016.xls> Acesso em: 22 de outubro de 2016.

BELTRÃO, Irapuã. **Curso de Direito Tributário** / Irapuã Beltrão. 5ª. ed.– São Paulo:2014.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília, 10 de janeiro de 2002; 181º da Independência e 144º da República. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> Acesso em 15 Jun de 2016.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Brasília, 25 de Outubro de 1996. 145º da Independência e 78º da República. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm)>. Acesso em 05 jun de 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº: -714.139 –SC da 1ª Turma  
**Publicação: DJe- 078 DIVULG 25-04-2013.** Disponível:  
<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23108504/agreg-no-recurso-extraordinario-re-714139-sc-stf/> >. Acesso em: 10 out. de 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso Direta de Inconstitucionalidade nº: 87002/2010** Tribunal Pleno, 26 de maio de 2011. Disponível em: <http://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/330385466/direta-de-inconstitucionalidade-adi-870027920108110000-87002-2010>. Acesso em 10 out. de 2016.

COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional** / Regina Helena Costa. 1ª.ed./2ª Tiragem – São Paulo:2009.

KALUME, Célio Lopes. **ICMS: Didático**/ Célio Lopes Kalume. 2º ed.- Belo Horizonte: Del Rey,2014 .

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Tributário** / Alexandre Mazza. 1ª.ed. – São Paulo: Saraiva,2015.

PAULSEN, Leandro. **Impostos federais, estaduais e municipais**/ Leandro Paulsen, José Eduardo Soares de Melo. 10ª.ed. rev e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

SABBAG, Eduardo . **Manual de Direito Tributário** / Eduardo Sabbag. 8ª.ed. – São Paulo: Saraiva,2016.

VADE MECUM SARAIVA / **obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha**- 21. Ed. atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2016.