

Editor: Fernando Aurelio Zilveti
Editor-assistente: Michell Przepiorka Vieira

ISSN 1415-8124

REVISTA DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

RDTA

43

2º Semestre 2019

Current Issues of Tax Law Review

N. 43 – 2019 / 2nd Semester



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

A ESSENCIALIDADE DO ICMS SOBRE
ENERGIA ELÉTRICA E O INCIDENTE
DE DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE N. 174723-
7/2001 DO ESTADO DO PARANÁ

*THE ESSENTIALITY OF ICMS OVER ELECTRICITY AND THE
INCIDENT OF DECLARATION OF UNCONSTITUTIONALITY
NO. 174723-7/2001 OF PARANÁ STATE*

Ailton José de Andrade Junior

Pós-graduado em Direito do Estado, área de concentração em Direito Tributário, pela Universidade Estadual de Londrina. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Advogado em Londrina/Paraná. E-mail: ailton.andrade.jr@gmail.com

Recebido em: 24-07-2019

Aprovado em: 28-10-2019

RESUMO

A Constituição Federal determina que o ICMS seletivo seja implementado por meio da regra da essencialidade, vinculando o legislador a seguir este critério. Entretanto, a Legislação do Estado do Paraná aplica a alíquota mais alta do imposto, posição referendada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade n. 174723-7/2001. Assim, o presente estudo discute a relação deste precedente com a noção de vinculação do legislador à Constituição, analisando os argumentos utilizados no Tribunal em contraposição a outros precedentes do mesmo tema.

PALAVRAS-CHAVE: DISCRICIONARIEDADE, IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS, SELETIVIDADE E ESSENCIALIDADE, PRECEDENTES

ABSTRACT

The Federal Constitution provides that the selective ICMS is implemented through the essentiality rule, binding the legislator to follow this criterion. However, Paraná State Legislation applies the highest tax rate, position endorsed by the Court of Justice of the Paraná State in the Incident of Declaration of Unconstitutionality no. 174723-7/2001. Thus, the present study discusses the relationship of this precedent with the notion of the legislator's attachment to the Constitution, analyzing the arguments used in Court against other precedents of the same theme.

KEYWORDS: DISCRETIONARY, TAX ON THE CIRCULATION OF GOODS, SELECTIVITY AND ESSENTIALITY, PRECEDENTS

1. INTRODUÇÃO

As armas de fogo são mais essenciais aos cidadãos do que a energia elétrica. Ou mesmo casacos de pele. Ainda, os perfumes. Todos estes itens aparentemente supérfluos são, na verdade, mercadorias essenciais à vida humana, ou, ao menos, em maior grau do que a energia elétrica. Em um primeiro momento essa constatação seja talvez difícil de aceitar. Entretanto, esta é a realidade em que se vive no Estado do Paraná, ao menos desde de 1996, ano de promulgação da Lei n. 11.580¹, que atualmente rege o Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICMS).

Melhor explicando o parágrafo acima, o ICMS é um tributo orientado pela seletividade e essencialidade, cuja definição pode ser sintetizada na fórmula “quanto mais essencial, menor a alíquota do imposto”, sendo seu inverso verdadeiro. No entanto, ao analisarmos a legislação desse imposto no Estado do Paraná, encontramos um escalonamento de alíquotas um tanto peculiar, pois corrobora às afirmações do parágrafo anterior de que armas de fogo, casacos de pele e perfumes são mais essenciais do que a energia elétrica.

Assim, a primeira atitude de um advogado diante de uma aparente inconstitucionalidade, pois os critérios da seletividade e essencialidade estão previstos na Constituição Federal, seria o ajuizamento de um processo visando a declaração dessa inconstitucionalidade e garantir uma forma de cobrança com base nas normas constitucionais. Caso procedesse deste modo, em pouco tempo seria prolatada uma sentença de improcedência, na qual o juiz proferiria que, em vista do julgamento do Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade (IDI) n. 174723-7/2001, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do

1 PARANÁ. Lei n. 11.580, de 14 de novembro de 1996. Dispõe sobre o ICMS com base no art. 155, inc. II, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal e na Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996 e adota outras providências. Diário Oficial do Estado n. 4.885, 14.11.1996.

Paraná², e força vinculante desta decisão, nos termos do art. 927, V, do Código de Processo Civil (CPC)³, não há inconstitucionalidade nas alíquotas do ICMS do Estado do Paraná.

Mas o que afirma esse precedente? Como podem estar corretas as alíquotas que levaram, *a priori*, a afirmações ilógicas? Seriam “seletividade” e “essencialidade” conceitos tão flexíveis? O que é, então, seletividade e essencialidade? Está correto o precedente? Se incorreto, quais medidas podem ser tomadas?

Todos esses questionamentos constituem o objeto do presente estudo, por meio do qual pretende-se analisar os argumentos aventados no IDI acima referido. Assim, em que pese não seja prática corriqueira a análise mais aprofundada de um precedente em forma de artigo científico, busca-se averiguar como são utilizados conceitos e definições jurídicos na prática judicial (e se existe algum espaço que separa estes dois campos), a teoria utilizada pela academia e a teoria utilizada pelos magistrados, além de servir como uma nova abordagem para uma questão já bastante debatida, com o intuito de contribuir para o debate a ser realizado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que deverá decidir sobre o tema em sede de Repercussão Geral.

Para atingir nosso objetivo, iremos iniciar a análise a partir dos conceitos-chave que serão utilizados na argumentação do precedente sob análise. O primeiro deles será a definição de discricionariedade, elemento central para a conclusão a que se chegou no Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Paraná. Seguindo, passar-se-á a discorrer sobre os conceitos de seletividade e essencialidade, a partir de uma análise estrutural-normativa. Na sequência, serão abordadas questões inerentes à energia elétrica, especialmente sobre se a sua essencialidade é uma questão meramente intuitiva ou há outra forma de demonstrá-la. A partir disso, consultaremos a legislação do Estado do Paraná, a fim de identificar a maneira como é tratada a tributação do ICMS. Posteriormente, serão analisados aspectos do IDI e sua relação com o conceito de precedente judicial, a fim de que se possa analisar criticamente, a partir das definições apresentadas no início do trabalho, os argumentos que embasam o acórdão proferido pelo Tribunal paranaense e, por fim, averiguar se a decisão foi bem fundamentada ou se deve ser mantida ou alterada.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Discricionariedade legislativa

Iniciando o trabalho, o primeiro conceito a ser estudado é o de discricionariedade, posto que este parece ter sido o principal fundamento para a conclusão a que se chegou no

2 PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Órgão Especial. Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade n. 174723-7/2001. Rel. Des. Luiz Mateus de Lima. Unânime. J. 17.11.2006. Curitiba. Diário de Justiça n. 7.254, 01.12.2006.

3 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 26.03.2015.

juízo do Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade (IDI) n. 174723-7/2001⁴, como se nota abaixo:

“Entretanto, 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.

Assim, cabe à Administração Pública, de forma discricionária, escolher, de acordo com a conveniência e oportunidade, as questões de natureza política-econômica-social, utilizando-se, caso necessário, do ICMS, tributo com função extrafiscal, de maneira que, sem a demonstração efetiva de desvio de finalidade ou poder na legislação ou ato administrativo, não é possível ao Poder Judiciário intervir nesta questão.”

Deste modo, aparentemente existe um conflito envolvendo o poder discricionário e os critérios da seletividade e essencialidade, isto é, sobre qual critério deverá ser utilizado para fixação da alíquota do ICMS incidente sobre a energia elétrica.

Neste contexto, iniciando a análise pelo que se entende como poder discricionário, e quais seus limites, parte-se do contexto do direito administrativo, nos termos propostos por Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o ‘mérito’ do ato administrativo, isto é, o campo de ‘liberdade’ conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita ‘liberdade’ é liberdade *dentro da lei*, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos.

Sem embargo, o fato de não se poder saber qual seria a decisão ideal, cuja apreciação compete à esfera administrativa, não significa, entretanto, que não se possa reconhecer quando uma dada providência, seguramente, *sobre não ser a melhor, não é sequer comportada na lei em face de uma dada hipótese.*”⁵

Assim, aplicando essa interpretação no que tange à previsão da alíquota do ICMS sobre a energia elétrica, seria necessário entender qual o limite imposto pela norma, ou, na linguagem kelseniana, qual o quadro normativo, para verificar se o legislador estadual

4 PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Órgão Especial. Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade n. 174723-7/2001. Rel. Des. Luiz Mateus de Lima. Unânime. J. 17.11.2006. Curitiba. Diário de Justiça n. 7.254, 01.12.2006.

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 112.

extrapolou seus limites, ou se a atribuição da alíquota efetuada está em consonância com o referido quadro.

Já em outro trecho, define Mello:

“Em suma: discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: ‘a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal’.

[...] Em rigor, não há realmente, ato algum que possa ser designado, com propriedade, como ato discricionário, pois nunca o administrador desfruta de liberdade total. O que há é exercício de juízo discricionário quanto à ocorrência ou não de certas situações que justificam ou não certos comportamentos e opções discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para dar cumprimento ao interesse público *in concreto*, dentro dos limites em que a lei faculta a emissão deste *juízo* ou desta *opção*.”⁶

O que fica claro, no entanto, é que o fundamento de que o administrador exerce o poder discricionário para impor uma alíquota não se sustenta a partir de uma ótica do direito administrativo, posto que ele se encontra estritamente vinculado aos ditames legais, encontrando pouco espaço para o exercício do poder discricionário.

Parte da problemática, assim, encontra-se no reconhecimento da essencialidade enquanto norma, e qual o seu sentido, para tentar encontrar os limites que ela impõe. No sentido normativo, a essencialidade emana comandos dirigidos a todos que atuam dentro da ordem jurídica, inclusive o legislador estadual, comandos esses que são capazes de impor um padrão de conduta a ser obedecido, ainda que contra a vontade pessoal do legislador. Sendo assim, a Constituição emana um dever-ser, ainda que este comando seja realizado por meio de um princípio, o que não lhe retira em nada sua força normativa, ou como diz Hesse:

“A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.”⁷

6 *Ibidem*, p. 436-437.

7 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19.

Além disso, é necessário entender a diferença na conceituação entre texto e norma, isto é, entre o conteúdo deonticamente estruturado que gera uma obrigação em sentido de dever-ser e seu suporte linguístico (texto escrito do qual emanou a norma). Sobre o tema, explica Aurora Tomazini:

“A norma é o resultado de um trabalho mental, interpretativo, de construção e estruturação de significações. Nossa mente atribui tratamento formal às proposições elaboradas a partir do plano de expressão do direito, agrupando-as na conformidade lógica da fórmula implicacional para que possamos compreender o mandamento legislado. É neste instante que aparece a norma jurídica, como significação deonticamente estruturada.”⁸

E no tocante ao legislador, é possível tomar o entendimento acima como base de sua atividade legislativa? Isto é, sua discricionariedade legislativa pode ser entendida de forma semelhante com a discricionariedade do administrador?

Nesta toada, foi Canotilho quem estudou a relação de vinculação do legislador infraconstitucional para com os comandos normativos emanados da Constituição Federal, sendo que, para isso, é necessário ter como pressuposto que a Constituição possui conteúdo normativo.

Nesse sentido, aplicando as lições do professor português quanto à atividade legiferante, em face de ordens constitucionais:

“Deduz-se que as imposições constitucionais vinculam juridicamente o legislador em três dos momentos essenciais da atividade legiferante: (1) o legislador deve realizar os preceitos constitucionais impositivos, isto é, o se do acto legislativo não fica na sua ‘liberdade de conformação’; (2) o legislador deve regular, concretizando as matérias que na lei fundamental são objeto de imposição legislativa (o quê da legiferação); (3) o legislador deve legislar de acordo com as directivas materiais contidas nas imposições legiferantes e noutros preceitos constitucionais para os quais elas remetem, expressa ou implicitamente (o como da legislação). [...] O legislador não tem o direito de optar entre ‘fazer e não fazer’ ou fazer à ‘sua maneira’.”⁹

Quando se trata da aplicação da essencialidade na determinação das alíquotas do ICMS, se está diante justamente do caso do legislador como executor da norma constitucional. Isto porque a redação do § 2º, III, do art. 155, da Constituição Federal (CF) não abre margem de discricionariedade na aplicação da essencialidade, ao contrário do critério da seletividade, cuja

8 CARVALHO, Aurora Tomazini de. Teoria geral do direito (o constructivismo lógico-semântico). Tese de doutorado. PUC/SP, 2009, p. 217.

9 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 316-317.

faculdade está expressamente autorizada por meio da expressão, “poderá ser seletivo”. A estrutura normativa da essencialidade se apresenta como uma regra, e não como um princípio cuja concretude seja definida por meio da lei, ou, ainda, uma norma que atribui competência.

Nesse contexto, em que haverá para o legislador estadual uma limitação em seu poder de escolha acerca de como se dará a seletividade das alíquotas do ICMS, pode-se, de forma análoga, utilizar as definições de discricionariedade formuladas por Dworkin. Assim diz o referido autor:

“O conceito de poder discricionário só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade. [...] o poder discricionário não existe a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições. Trata-se, portanto, de um conceito relativo. Sempre faz sentido perguntar: ‘poder discricionário de acordo com que padrões?’ ou ‘poder discricionário com relação a qual autoridade?’.”¹⁰

Em que pese o autor faça uma análise a partir da decisão judicial, em que o julgador deverá obedecer aos padrões impostos pelas normas, o legislador estadual, em nossa análise, também estará vinculado aos padrões impostos pelas normas constitucionais, sendo assim possível fazer o juízo analógico da definição exposta acima, sobretudo se considerarmos a CF como documento que emana normas.

Portanto, a discricionariedade, seja do Executivo, seja do Legislativo, não é absoluta, sempre estará limitada por normas, normas estas que variarão em intensidade para cada esfera de poder, mas que não poderão deixar de serem observadas, sob pena de acionar o controle de constitucionalidade, tal como descreve Canotilho:

“Correctamente, insinua-se com o termo ‘cumprimento’ que o legislador não dispõe das ‘imposições’ constitucionais e que a sua não realização – o seu ‘não cumprimento’ – justifica o desencadeamento de ‘sanções’ jurídico-constitucionais, dentro das possibilidades existentes nos ordenamentos jurídicos positivos: acções constitucionais de defesa, acções de inconstitucionalidade por omissão, petições, moções de censura ao governo, dissolução do parlamento, etc.”¹¹

Assim, entendida a definição de discricionariedade, convém analisar a definição de seletividade e essencialidade do ICMS.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 50-51.

¹¹ CANOTILHO. *Op. cit.*, p. 323-324.

2.2. Critérios da seletividade e essencialidade

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias está previsto no art. 155, II, da Constituição Federal, e possui regras básicas definidas no § 2º do mesmo artigo, dentre elas a que estabelece a opção pela seletividade do imposto, conforme abaixo:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
[...] II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
[...] § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
[...] III – poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;”¹²

Nota-se que o constituinte atribuiu uma prerrogativa ao legislador estadual, qual seja, a de estabelecer a seletividade do imposto, de modo que possa ser cobrado com alíquotas diferentes para cada produto ou serviço, sem que isso incorra na inconstitucionalidade da norma estadual.

Vale destacar que a seletividade constitui uma opção do legislador estadual, já que, antes da criação do ICMS, tal como previsto na CF de 1988, o antigo ICM possuía uma alíquota fixa para a circulação de mercadorias. Assim, era irrelevante a natureza do produto tributado: independentemente de ser um artigo de luxo ou um produto da cesta básica, ambos tinham a mesma alíquota de ICM.

No entanto, a CF de 1988, em seus objetivos sociais, introduziu a seletividade do ICMS para que, caso queiram, os Estados Federados possam estabelecer alíquotas diferenciadas para os produtos e serviços de sua competência segundo a essencialidade, a fim de favorecer a população por meio de desonerações tributárias.

O importante, no momento, é deixar assentado que os Estados não estão obrigados a estabelecer alíquotas seletivas para o ICMS, pois a CF é expressa ao afirmar que o imposto “poderá ser seletivo”. Ou seja, o Estado pode estabelecer uma alíquota única para o ICMS. No mesmo sentido entende Hugo de Brito Machado, para quem a seletividade é facultativa¹³. Entretanto, o Estado do Paraná optou expressamente pela seletividade, uma vez que estabelece alíquotas diferenciadas para os produtos e serviços sujeitos ao imposto.

12 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF: Senado Federal, 1988.

13 MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 396.

Estabelecida essa premissa, de que o verbo “poderá” prevê uma prerrogativa e não uma relação de obrigatoriedade no que tange à seletividade do ICMS, importa elucidar a forma como deverá ser concretizada a seletividade do imposto.

A essencialidade aparece como critério norteador da seletividade do ICMS de modo que, uma vez adotada a seletividade do ICMS, o Estado deverá obedecer ao critério da essencialidade do produto ou serviço tributado. Em outras palavras, “o critério da seletividade não pode ser outro. Há de ser sempre o da essencialidade”¹⁴.

Nesse contexto, convém esclarecer alguns pontos teóricos que afetarão de algum modo a análise realizada neste trabalho.

Entende-se “critério da essencialidade” como uma norma. A nomenclatura “critério” não altera o fato de se tratar de norma, pois estes termos descrevem características distintas. Uma norma pode se apresentar de duas formas, como um princípio ou regra¹⁵. Partindo-se da análise de Dworkin¹⁶, regras são normas aplicáveis de forma binária. Se a hipótese fática da norma está presente, a regra deve ser aplicada; caso contrário, não se aplica. É uma aplicação “tudo ou nada”, de modo que a única forma de uma regra não ser aplicada é pela falta de suporte fático para sua aplicação, ou pela invalidade da regra. Se a regra é válida e o fato jurídico ocorre, ela deve ser aplicada, ou seja, serão razões definitivas para tomada de decisão do aplicador.

Os princípios, por sua vez, seriam normas derivadas de princípios morais assentadas na comunidade política que serão tomadas como pressupostos orientadores do direito a partir de uma dimensão de peso que elas terão em relação a outras normas. São aplicados de forma reflexiva pelo aplicador.

Assim, analisando de forma estrita ambos os termos, a essencialidade é um critério que se apresenta com uma natureza normativa de regra, e não de princípio¹⁷, e seu conteúdo normativo é dirigido especificamente aos Poderes Legislativos e Executivos.

Cabe aqui um esclarecimento a respeito da imprecisão que uma norma pode ter. Algumas correntes teóricas apontam essas características como definidoras de regras e de princípios, sendo os princípios mais imprecisos (seja por ambiguidade, seja por vagueza) do que as regras¹⁸. No entanto, tal critério é o mais adequado para explicar a diferença entre as

14 Ibidem. p. 396.

15 Não pretendemos de modo algum entrar no debate a respeito de regras e princípios, iremos apenas adotar a teoria que consideramos como mais adequada e utilizar os pontos relevantes para o objeto deste trabalho.

16 DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 39.

17 Conhecemos as doutrinas que tomam a seletividade e essencialidade como princípios (cf. por todos, SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book, pos. 1292), porém, entendemos que tais posicionamentos não são os mais adequados quando analisados à estrutura de aplicação das normas, dentro de um pressuposto de aplicação das categorias propostas por Dworkin.

18 Cf. as críticas feitas por Marcelo Neves a este critério como demarcador entre as regras e princípios: Entre Hidra e Hércules, princípios e regras constitucionais. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 12 e ss.

normas, pois, como explica Marcelo Neves, “tanto no plano legal como no plano constitucional, nós encontramos regras que apresentam caráter de imprecisão semântica, tornando-as extremamente dependentes do contexto de aplicação”¹⁹. Aponta ainda o autor, como exemplo de regra constitucional imprecisa, a perda de mandato por quebra de decoro, que apesar de constituir uma regra com razões definitivas para ser aplicada, temos a vagueza a partir da definição do que é “decoro parlamentar”, que irá depender de outros elementos para determinar seu contexto de aplicação. Portanto, o fato de a regra da essencialidade se apresentar com um grau de imprecisão maior do que outras regras não lhe retira sua natureza, havendo que se tomar o fato descrito no suporte fático da regra e analisá-lo dentro de seu contexto a fim de se verificar se foi ou não violada.

A partir dessa perspectiva, devemos analisar a essencialidade visando à sua aplicação enquanto regra. Nesse contexto, não apenas o ICMS apresenta a essencialidade como um fim a ser perseguido pela CF, como também o IPI apresenta essa característica. Assim, é possível utilizar-se das palavras que Aliomar Baleeiro expôs para o IPI acerca da essencialidade, *in verbis*:

“A palavra, no citado art. 48, refere-se à adequação do produto à vida do maior número dos habitantes do país. As mercadorias essenciais à existência civilizada deles devem ser tratadas mais suavemente, ao passo que as maiores alíquotas devem ser reservadas aos produtos de consumo restrito, isto é, o supérfluo das classes de maior poder aquisitivo. Geralmente, são os artigos mais raros e, por isso, mais caros. Do ponto de vista econômico, a norma inspira-se na utilidade marginal.”²⁰

Ainda explicando a definição de essencialidade, ensina Ricardo Lobo Torres:

“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 utilidade social.

Com efeito, quando se tratar de bens necessários a sobrevivência biológica e social do cidadão em condições mínimas de dignidade humana a tributação não encontra justificativa racional.”²¹

Ou seja, existindo critérios a serem obedecidos ao se concretizar a essencialidade, não pode o Estado atribuir alíquotas desconexas a qualquer discricionariedade, ainda que própria de

19 NEVES, Marcelo. Op cit., p. 15.

20 BALEEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 347-348.

21 TORRES, Ricardo Lobo. O IPI e o princípio da seletividade (parecer). Revista Dialética de Direito Tributário n. 18. São Paulo: Dialética, março de 1997, p. 95.

cada Estado, de modo que preveja uma alíquota menor para produtos supérfluos, ou maiores para produtos essenciais. Este é o limite da discricionariedade do legislador, que cerra o quadro normativo da regra da essencialidade, e cuja força normativa impõe sua observância, ainda que sempre exista um grau de imprecisão semântica – até porque seria ilusório pensar que o direito não seja em certa medida impreciso²².

Aliás, o Supremo Tribunal Federal (STF) já analisou a questão envolvendo o método de aferição das alíquotas do ICMS sob o viés da essencialidade, e a conclusão a que se chegou é de que deve ser adotado um método comparativo entre os produtos sujeitos ao imposto sobre a circulação de mercadoria, cuja observância é obrigatória para o legislador infraconstitucional, conforme se nota dos seguintes trechos:

“Anote-se que, 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.

[...] De outra parte, não obstante a possibilidade de instituição de alíquotas diferenciadas, conforme a capacidade tributária do contribuinte, o posicionamento ora defendido visa proteger o princípio constitucional da seletividade, evitando, mediante a aferição feita pelo método da comparação, a incidência de alíquotas exorbitantes em serviços essenciais.”²³

Assim, importa verificar, adiante, se o produto “energia elétrica” possui caráter essencial, pois, caso possua, deverá ter alíquota em patamares condizentes com essa característica, sob pena de inconstitucionalidade.

2.3. A essencialidade objetiva da energia elétrica

O próprio senso comum já traz a noção da essencialidade inerente à energia elétrica, pois não é possível imaginar como seria a vida hodiernamente sem o uso dessa energia. Há muito tempo a energia elétrica deixou de ser um item supérfluo ou de luxo para os brasileiros. Toda a qualidade de vida propiciada pela evolução da tecnologia depende de energia elétrica para que funcione, como as luzes que iluminam as casas e ruas da cidade e os computadores utilizados para trabalho.

Porém, não é apenas uma percepção intuitiva que leva a caracterizar a energia elétrica como um produto essencial. A própria doutrina entende dessa forma, como se nota abaixo:

22 Cf. WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 68.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 702.285/Rio de Janeiro. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. J. 12.08.2014. Diário de Justiça Eletrônico 21.08.2014.

“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.”²⁴

Ainda vale lembrar que, diante do caráter essencial que a energia elétrica possui, o Governo Federal criou o programa luz para todos, por meio do Decreto n. 4.873/2003²⁵, que possuía a finalidade de levar para a população rural o fornecimento desse bem. Não haveria razão de se criar um programa federal para dar acesso à população um determinado bem, se este não possuir uma característica de essencialidade.

Além disso, ainda que se tome a essencialidade sob o prisma da quantidade de pessoas que fazem uso do produto ou serviço tributado, a energia elétrica sem dúvidas constitui um dos itens que mais encontram adeptos no país. Segundo dados do anuário estatístico de energia elétrica, existem mais de 78 milhões de clientes de energia elétrica no Brasil, isto é, 78 milhões de pessoas que contratam a distribuição de energia²⁶. Ainda, segundo o Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação, cerca de 97% dos domicílios brasileiros possuem um aparelho de televisão, que pressupõe uma fonte de energia elétrica para funcionar²⁷. Ou seja, é inegável o caráter de essencialidade que a energia elétrica tomou para a vida moderna.

Percebe-se, portanto, diante da regra da essencialidade positivada na Constituição Federal, que o Estado é obrigado a atribuir uma alíquota para a energia elétrica condizente com sua essencialidade. Ademais, é possível constatar se a legislação obedece a Constituição comparando-se a alíquota do ICMS sobre a energia elétrica com a alíquota do mesmo imposto incidente sobre os demais produtos, sejam os essenciais à vida humana, como os alimentos, sejam os supérfluos como joias, cigarro e bebidas.

Portanto, constatado que obedecer a regra da essencialidade é uma obrigação imposta pela Constituição Federal, e que a energia elétrica possui essa característica de ser essencial,

24 BAINY, Alexandre Feliciano. A seletividade em função da essencialidade no Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). 2012. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 260.

25 BRASIL. Decreto n. 4.873, de 11 de novembro de 2003. Institui o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica – “Luz para Todos” e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 12.11.2003.

26 Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/AnuarioEstatisticodeEnergiaEletrica/Anu%C3%A9rio%20Estat%C3%ADstico%20de%20Energia%20El%C3%A9trica%202016.pdf>>.

27 Fonte: CGI.br/NIC.br. CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO (Cetic.br). Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos domicílios brasileiros – TIC Domicílios, 2016.

cumprir verificar a legislação estadual para conferir se está de acordo com a regra constitucional.

No Estado do Paraná a lei de regência do ICMS é a Lei n. 11.580/1996²⁸. A Seção II da referida Lei estabelece diversas faixas de alíquotas para o ICMS, com base na NCM do produto. Assim, ao se analisar a legislação do Estado do Paraná, percebe-se que o art. 14 da referida Lei estabelece a seletividade, prevendo seis faixas de alíquotas, em 7%, 12%, 25%, 28%, 29% e uma alíquota geral de 18%. Entretanto, ao investigar o produto questionado no presente estudo, energia elétrica, nota-se que o legislador o alçou à maior faixa de alíquota, ao lado de produtos como cigarro e bebida alcoólica.

Nota-se que acertou o legislador estadual ao atribuir uma alíquota de apenas 7% para alimentos destinados à merenda escolar. Entretanto, para a energia elétrica, o fato de prevê-la na maior faixa de alíquota, ao lado de produtos supérfluos, aponta para uma possível inconstitucionalidade no que tange à obediência à regra da essencialidade.

Partindo da comparação entre as alíquotas dos produtos, chega-se à conclusão de que a energia elétrica possuiria um grau de essencialidade similar ao fumo e bebidas alcoólicas. Além disso, outros exemplos apontam para uma incoerência da legislação estadual, pois no inciso III do art. 14 da Lei n. 11.580/1996 do Paraná²⁹ é prevista a alíquota de 25% para produtos como armas e munições, embarcações de esporte e recreio, perfumes e cosméticos.

Ou seja, como o Estado deve obedecer à regra da essencialidade, é possível inferir que, para o legislador do Estado do Paraná, arma é um produto mais essencial do que energia elétrica. No mesmo sentido, que uma embarcação para recreio (um iate, por exemplo), é um bem que possuiria maior essencialidade do que energia elétrica. Verifica-se, ainda, que perfumes e cosméticos são mais essenciais do que a eletricidade, segundo os padrões do legislador paranaense.

2.4. Os precedentes vinculantes

Neste passo, devemos retornar ao IDI n. 174723-7/2001, em que foi analisada a constitucionalidade da legislação do Estado do Paraná, e cuja força acaba impedindo a reanálise da matéria³⁰.

28 PARANÁ. Lei n. 11.580, de 14 de novembro de 1996. Dispõe sobre o ICMS com base no art. 155, inc. II, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal e na Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996 e adota outras providências. Diário Oficial do Estado n. 4.885, 14.11.1996.

29 Idem.

30 A título de exemplos de como o IDI é utilizado como precedente impeditivo da reanálise: PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível. Processo n. 0002651-39.2017.8.16.0179. Rel. Juíza Angela Maria Machado Costa. Unânime. J. 04.12.2018. Curitiba. Publicado em 05.12.2018; PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível. Processo n. 0069557-21.2017.8.16.0014. Rel. Des. Vicente Del Prete Misurelli. Unânime. J. 04.12.2018. Curitiba. Publicado em 07.12.2018; PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível. Processo n. 0003634-78.2017.8.16.0004. Rel. Des. Ruy Cunha Sobrinho. Unânime. J. 23.10.2018. Curitiba. Publicado em 26.10.2018.

O chamado Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade estava previsto no Código de Processo Civil de 1973³¹ em seus arts. 480 e seguintes, e, a partir do atual CPC³², está previsto nos arts. 948 e seguintes, passando a ser chamado de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, e que deriva da regra de reserva de plenário do art. 97 da CF.

Por se tratar de orientação firmada pelo plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), sua observância pelos juízes e tribunais é obrigatória, conforme determina o art. 927, V, do CPC. Inclusive, o § 1º, VI, do art. 489, do Código de Processo Civil, dispõe que se considera não fundamentada a decisão que deixar de seguir um precedente invocado pela parte.

Nesse contexto, diante das regras processuais que prezam pela estabilidade dos precedentes, inicialmente encontramos fortes razões para que o IDI n. 174723-7/2001 seja aplicado sem maiores reflexões. No entanto, é necessário analisar a fundo o sistema processual para verificar se o referido IDI merece de fato ser aplicado, integrando a dogmática tributária com a processual.

Iniciando pela definição de precedente judicial, Michele Taruffo³³ o distingue da jurisprudência – distinção nem sempre observada – de duas formas: a primeira forma é quantitativa, em que o precedente se apresenta de forma singular (um único julgado já pode formar um precedente) e a jurisprudência é plural (com dezenas ou centenas de decisões no mesmo sentido); a segunda forma é a qualitativa, pois o precedente se configura com a universalização de uma regra gerada a partir dos fatos que dão suporte ao resultado, e que o juiz de um caso sucessivo aplica um juízo analógico entre os fatos do caso a ser decidido e os fatos do precedente, para chegar à conclusão de que a *ratio decidendi* do caso anterior é aplicável ao presente, enquanto na jurisprudência os julgados formam um bloco de enunciados gerais e abstratos sobre as regras jurídicas para ser aplicado nos demais casos. Em que pese os precedentes, nos sistemas da *commom law*, não sejam formados com tal pretensão, no sistema processual brasileiro existem diversos tipos de processos que possuem este objetivo, no contexto em que, a partir de um caso concreto, determinado processo é fixado para ser decidido e cujo resultado será alçado à categoria de precedente, por expressa previsão do CPC³⁴, como é o caso do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade.

31 BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 17.01.1973.

32 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 26.03.2015.

33 TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Revista de Processo ano 36, n. 199, setembro de 2011, p. 144-145.

34 O que traz a questão da recepção à brasileira do precedente judicial, que de tão diferente talvez não devesse ser assim chamado, porém, sendo este o termo previsto na legislação iremos adotá-lo, não sem fazer a ressalva de que o precedente, no Brasil, não pode ser tomado por sua definição clássica da *commom law*. Nesse sentido, cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; e RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). Julgamento de casos repetitivos. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 10, p. 288.

Assim, uma vez formado o precedente, para a sua aplicação é imprescindível que se faça a distinção entre a *ratio decidendi* e *obiter dictum*³⁵, sendo o primeiro a “parte da sentença a qual se faz referência para derivar dela a regra de juízo para o caso sucessivo”, ou seja:

“A regra de direito que foi posta como fundamento direto da decisão sobre os fatos específicos do caso; já no segundo estão os argumentos da decisão, mas não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão. Nesse contexto, quando da análise do precedente, seja para sua aplicação, distinção ou superação, será necessário passar pela *ratio decidendi* impreterivelmente.”³⁶

Quanto às regras processuais relacionadas aos precedentes, verifica-se que os juízes e tribunais deverão observá-las, a menos que se demonstre a existência de distinção entre o paradigma e o caso em análise ou, ainda, caso haja superação do precedente. Este é o teor do art. 489, § 1º, VI, do CPC. Estes termos constituem uma importação dos métodos de *distinguish* e *overruling* dos precedentes do *common law*, mas cujo regramento a legislação brasileira não foi mais longe do que a mera menção.

Neste contexto, a técnica envolvida na distinção do precedente (*distinguish*) consiste em verificar seu enquadramento fático. Nos termos de Didier:

“Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver *distinção* entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.”³⁷

Nota-se que esse método de não aplicação consiste apenas em verificar se os fatos do precedente são correspondentes ao do caso sob análise judicial, visando a aplicação subsuntiva do precedente. Não será necessária uma maior incursão neste método de evitar a aplicação do precedente, posto que o objetivo central do estudo seria analisar a argumentação e possível superação do IDI partindo dos mesmos fatos, até porque não vislumbramos a aplicação do *distinguish* como meio útil aos contribuintes do ICMS sobre a energia elétrica.

Assim, passa-se à análise do segundo método para evitar a aplicação do precedente, o *overruling*. Segundo Didier Jr.³⁸, este consiste na superação do precedente, que acaba sendo

35 TARUFFO, M. Op cit., p. 145-146.

36 Ibidem, p. 145.

37 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 491.

38 Ibidem, p. 494.

substituído por outro, que pode se dar de forma expressa ou tácita, de acordo com a menção expressa de revogação de um precedente ou meramente sua inadequação diante de um novo precedente, podendo ocorrer de forma concentrada ou difusa, de acordo com a forma em que o tribunal foi acionado para decidir. Porém, o mais importante consiste em saber por quais razões um precedente pode ser superado. Como o CPC não traz regras expressas a respeito dos motivos que podem ocasionar a superação de um precedente, coube à doutrina apontar alguns dos principais, conforme se verifica:

“Embora possam existir outros motivos, Celso Albuquerque Silva bem sintetiza as hipóteses mais comuns de superação do precedente: (i) quando o precedente está obsoleto e desfigurado; (ii) quando é absolutamente injusto e/ou incorreto; (iii) quando se revelar inexecutável na prática. Para Melvin Eisenberg, o *overruling* deve ocorrer quando: a) o precedente não mais corresponde aos padrões de congruência social e consistência sistêmica e b) as normas jurídicas que sustentam a estabilidade, tais como a isonomia e a segurança jurídica, mais fundamentam a sua revogação do que a sua preservação.”³⁹

Em que pese a amplitude das possíveis motivações para uma superação de precedente, tais como estar “obsoleto e desfigurado” (o que é estar obsoleto? E desfigurado? Existem critérios objetivos para sua caracterização?) ou então, ser “absolutamente injusto e/ou incorreto” (há algo mais amplo e discutível que o conceito de justiça? Ou o que é o precedente estar incorreto? Existe de fato uma resposta correta no direito?) ou, ainda, “se revelar inexecutável”. Mesmo dentro dos motivos propostos por Eisenberg – congruência social ou consistência sistêmica, e inadequação com as normas de estabilidade – há uma grande amplitude conceitual.

Outros motivos ainda são apontados por Marília Siqueira, para quem é possível o *overruling* nos casos em que há “(i) a inovação legislativa, por modificação ou revogação (implícita ou expressa); (ii) a inovação tecnológica dos diversos setores da vida; (iii) a mudança de valores sociais e culturais; e (iv) o equívoco interpretativo na formação do precedente *overruled*.”⁴⁰

Ou seja, como operar o sistema de precedentes de modo a conseguir superar os precedentes sem que haja uma grande flexibilização, que poderia fazer ruir o grande objetivo de um sistema de precedentes, que é garantir a estabilidade das decisões judiciais?

39 *Ibidem*, p. 497.

40 SIQUEIRA, Marília. Noções fundamentais para o julgamento por aplicação do precedente judicial: necessidade de adaptação a partir do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). Novo CPC, doutrina selecionada, v. 2: Procedimento Comum. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.029.

No presente estudo, pretende-se averiguar se o precedente do IDI n. 174723-7/2001 ainda possui aplicabilidade, ou se pode ser considerado como superado, dentro dos métodos expostos acima. Como não vislumbramos a possibilidade de se argumentar a obsolescência deste precedente, muito menos que ele seja inexecutável na prática, resta verificar se ele pode ser considerado “absolutamente injusto e/ou incorreto”, ou mesmo se encontra coerência sistêmica, ou ainda, se houve equívoco interpretativo na formação do precedente. Assim, será necessário adentrarmos na análise da argumentação do IDI, para verificar se é possível falar em superação do precedente, e sobre qual motivação poderia ocorrer.

2.5. Os argumentos do Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade

Inicialmente, apresentar-se-á um panorama geral acerca dos fundamentos do acórdão para, posteriormente, analisar cada um separadamente e criticá-los no que for cabível.

O acórdão do Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade possui quatro argumentos bem delineados, que podem ser divididos da seguinte forma: (1) são reconhecidos os critérios constitucionais da seletividade e da essencialidade do ICMS, que são também aplicáveis à energia elétrica; (2) a essencialidade deve ser vista sob a ótica da discricionariedade legislativa e executiva para escolher as alíquotas; (3) a interferência do Judiciário na determinação das alíquotas do ICMS violaria o princípio de separação de poderes; e, por fim (4), a alíquota de 27% de ICMS sobre a energia elétrica atende à essencialidade a fim de promover um equilíbrio econômico-social-político.

Quanto ao argumento (1), não há muito o que se discorrer a respeito, pois o TJPR apenas acolheu as definições comumente utilizadas para descrever os critérios da seletividade e da essencialidade, conforme se pode notar do seguinte trecho do acórdão:

“Logo, é facultado o critério da seletividade do ICMS, entretanto, se adotado deverá ocorrer de acordo com a essencialidade das mercadorias e serviços, e não de acordo com critérios outros. [...]”

A seletividade pode ser alcançada com o emprego de qualquer técnica de alteração quantitativa da carga tributária como alíquotas diferenciadas, variação de base de cálculo ou até concessão de incentivos fiscais. [...]

Entretanto, no caso do ICMS, não há que se questionar acerca deste critério, uma vez que a Constituição Federal foi expressa em determinar a essencialidade das mercadorias e serviços tributados como parâmetro da seletividade para tal.”⁴¹

Ou seja, até este ponto o acórdão parte de um pressuposto correto. As definições do que sejam seletividade e essencialidade não diferem muito do que foi exposto acima, com

41 PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Órgão Especial. Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade n. 174723-7/2001. Rel. Des. Luiz Mateus de Lima. Unânime. J. 17.11.2006. Curitiba. Diário de Justiça n. 7.254, 01.12.2006.

divergência no que tange ser a norma do tipo princípio ou regra. No mais, não há o que criticar no entendimento firmado na decisão.

As divergências teóricas iniciam-se no argumento (2), segundo o qual a essencialidade deve ser vista à luz da discricionariedade. Essa argumentação pode ser resumida nos seguintes parágrafos da decisão:

“Entretanto, 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.

Assim, cabe à Administração Pública, de forma discricionária, escolher, de acordo com a conveniência e oportunidade, as questões de natureza política-econômica-social, utilizando-se, caso necessário, do ICMS, tributo com função extrafiscal, de maneira que, sem a demonstração efetiva de desvio de finalidade ou poder na legislação ou ato administrativo, não é possível ao Poder Judiciário intervir nesta questão.”

Nota-se que este argumento parte do pressuposto da existência de uma discricionariedade dos Poderes Legislativo e Executivo, que estão correlacionados de alguma forma à noção de conveniência e oportunidade. Estes dois conceitos, conveniência e oportunidade, são normalmente associados à ideia de mérito administrativo⁴², representando uma margem de liberdade que o administrador possui para tomar decisões segundo seus critérios políticos, seja plano de governo, conceitos de moralidade pessoal, ou outra motivação que não decorre de uma simples aplicação de uma regra prevista em lei.

Entretanto, vale lembrar que, apesar de ambos os termos terem sido tratados sem muita distinção, a discricionariedade administrativa é diferente da legislativa, sendo a primeira mais restrita que a segunda, conforme visto acima. Assim, no que tange à discricionariedade administrativa, convém ressaltar que esta só pode ocorrer dentro dos limites da lei⁴³ e obviamente, da Constituição Federal. Ao analisar a legislação do ICMS do Estado do Paraná, especialmente a Lei Estadual n. 11.580/1996⁴⁴, verifica-se que a alíquota referente à energia elétrica é colocada de forma estanque, sem qualquer abertura para que o Poder Executivo, por meio de decreto, altere as alíquotas, o que levaria a uma ilegalidade e inconstitucionalidades flagrantes. Por outro lado, há a questão da discricionariedade

42 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 978.

43 Ibidem, p. 436.

44 PARANÁ. Lei n. 11.580, de 14 de novembro de 1996. Dispõe sobre o ICMS com base no art. 155, inc. II, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal e na Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996 e adota outras providências. Diário Oficial do Estado n. 4.885, 14.11.1996.

legislativa, que, como visto acima, também acaba sendo delimitada pelas normas constitucionais que dão suporte à atuação do legislador infraconstitucional.

Logo, não é possível afirmar que a discricionariedade, por si só, é capaz de tornar constitucional as alíquotas do ICMS, pois a discussão acaba retornando à questão inicial, isto é, qual o conteúdo da regra constitucional e se a legislação infraconstitucional com ela conflita ou não. Nesse contexto, o argumento (2) apresentado pelo TJPR não é muito consistente, pois bastaria comprovar que a legislação infraconstitucional está em desacordo com a norma constitucional que o argumento, da forma como colocado, já seria afastado, tendo em vista que não há discricionariedade na inconstitucionalidade.

Em relação ao desvio de finalidade ou de poder mencionados, esta é uma categoria utilizada na doutrina do controle judicial do ato administrativo. Como explica José dos Santos Carvalho Filho⁴⁵, o administrador pode praticar uma conduta abusiva de duas maneiras: praticando um ato para o qual não possui competência, caracterizando-se como excesso de poder, ou na prática de um ato dentro dos limites de sua competência, mas afastado do interesse público, configurando, assim, um desvio de poder. Ora, mais uma vez verifica-se a inconsistência do argumento, uma vez que nas ocasiões em que há desvio de poder pressupõe-se que o administrador aja dentro dos limites da sua competência, ao passo que a inconstitucionalidade da alíquota do ICMS, além de se inserir no debate do Poder Legislativo, é defendida justamente sob o argumento que não se poderia eleger uma alíquota incoerente com a essencialidade da mercadoria.

A estrutura de argumentação utilizada pode ser caracterizada, assim, como uma petição de princípio⁴⁶, pois pressupõe aquilo que se quer demonstrar: a eleição da alíquota do ICMS se insere no poder discricionário, ao passo que o poder discricionário só existe dentro da adequação constitucional da alíquota, que é justamente o objeto de desacordo, e que somente será enfrentado pelo TJPR no argumento (4), como será visto.

Passa-se ao argumento (3), que trata do princípio da separação de poderes. Inicialmente convém apresentar uma definição deste princípio e analisar o modo como se relaciona no controle de constitucionalidade das normas. Este princípio, previsto no art. 2º da CF, estabelece que são poderes independentes e harmônicos o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Esta separação remonta às teorias liberais de John Locke, e principalmente, Montesquieu, que, na sua obra principal, *Espírito das Leis*, propõe, além de uma simples separação, uma equivalência de poderes, e uma imbricação de funções, de modo que um poder possa contrariar o outro⁴⁷. Além disso, é imprescindível relembrar a noção de *checks*

45 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 109.

46 PERELMAN, Chaïm; e OLDBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 3. ed. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 127.

47 ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. *Montesquieu: sociedade e poder*. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2001. v. 1, p. 119.

and balances, que remonta aos *federalist papers* de Alexander Hamilton e James Madison. Este último afirma no *paper* 51:

“A grande garantia contra uma concentração gradual dos vários poderes no mesmo braço, porém, consiste em dar aos que administram cada poder os meios constitucionais necessários e os motivos pessoais para resistir aos abusos dos outros. As medidas de defesa devem, neste caso como em todos os outros, ser proporcionais ao perigo de ataque.”⁴⁸

Nesse contexto, parte-se para uma análise jurídica acerca da separação de poderes e dos *checks and balances*. A Constituição Federal dispõe em seu art. 2º que os três poderes são independentes e harmônicos entre si. Independência, nesse contexto, corresponde à capacidade de autorregulamentar as práticas internas de cada poder, como, por exemplo, contratação de pessoal e exercício de suas funções próprias sem que haja a necessidade de consulta ou referendo por outro poder. A harmonia está ligada à doutrina dos freios e contrapesos (*checks and balances*); corresponde à possibilidade de um poder interferir no outro a fim de se manter o equilíbrio e evitar o exercício tirânico e autoritário por parte de um deles⁴⁹, ou, na definição de Jeremy Waldron, trata-se do “princípio que requer a concordância normal de uma entidade governamental nas ações de outra, e assim permite que uma entidade verifique ou vete as ações de outra (o ‘Princípio dos *checks and balances*’)”⁵⁰.

Todavia, o princípio dos freios e contrapesos não é explicitado tão somente no art. 2º da Constituição Federal; foram descritas diversas normas específicas sobre como o Poder Judiciário irá contrabalancear os demais poderes, a fim de proteger a Constituição. Assim, no que tange à doutrina do controle difuso de constitucionalidade, o constituinte elaborou a regra de reserva de plenário, em que o tribunal, para declarar inconstitucionalidade de uma norma, deve fazê-lo por meio da maioria absoluta dos membros do órgão especial.

Neste ponto verifica-se mais um problema na argumentação levada a cabo pelo acórdão do IDI, pois a simples alegação de que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei constitui uma afronta ao princípio da separação de poderes não passa de uma afirmação vazia de sentido material, uma vez que esconde a problemática real a respeito da inconstitucionalidade ou não da norma analisada. Ou seja, ou a lei é inconstitucional e ela deve ser assim declarada quando suscitada pela parte, seguindo o rito previsto na

48 MADISON, James; HAMILTON, Alexander; e JAY, John. Os artigos federalistas, 1787-1788. Edição integral. Trad. de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 350.

49 SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 6. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 97-98.

50 Tradução livre, no original: “The principle that requires the ordinary concurrence of one governmental entity in the actions of another, and thus permits one entity to check or veto the actions of another (the ‘Checks and Balances Principle’).” (WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice. Boston College Law Review v. 54, 2013, p. 433-468, p. 438)

Constituição, ou a lei não é de fato inconstitucional e não existem razões para que seja declarada sua inconstitucionalidade. Neste aspecto, a violação ao princípio da separação de poderes pressupõe que a própria lei analisada já seja constitucional. Portanto, mais uma vez, é utilizada uma petição de princípio para sustentar o argumento de que a alíquota do ICMS para a energia elétrica obedece à regra constitucional da seletividade e essencialidade.

O fundamento da separação de poderes teria maior peso caso tivesse sido formulado em relação à possibilidade de o Poder Judiciário fixar a alíquota do imposto. Entretanto, contra este argumento poderia ser aventado que não haveria estipulação de alíquotas por parte do Judiciário, pois, com a declaração de inconstitucionalidade da alíquota específica para a energia elétrica, restaria ao Estado Federado a aplicação da alíquota geral por ele determinada, que permaneceria inalterada e plenamente vigente. Além disso, seria possível que o Estado editasse uma nova Lei prevendo alíquota específica para a energia elétrica. Somente há sentido no fundamento da separação de poderes caso o Judiciário imponha qual é a alíquota específica do imposto aplicável à energia elétrica. Neste caso, sim, haveria a violação à separação de poderes, pois o Judiciário teria agido como legislador positivo.

Por fim, o argumento (4), em que o tribunal irá realmente analisar a alíquota do ICMS e sua relação com a essencialidade. Na realidade, faria mais sentido este argumento ter sido o primeiro a ser apresentado, pois somente a partir dele é que os demais argumentos podem ser apoiados. Assim, restou assentado no referido IDI:

“No que pertine à energia elétrica, justamente porque essencial, é que se reserva ao legislador adotar alíquota, como mecanismo de controle da demanda de consumo que entenda suficiente para preservar o alcance do produto ao maior número possível de usuários, diversamente do caso de redução, que por ser essencial poderia incorrer em elevação do consumo. Seria até contraditório pensar que, por se tratar de bem essencial, não pudesse a tributação ser realizada de forma que exercesse efetivo controle do consumo, na conformidade com critério político-sócio-econômico em determinado momento histórico.”⁵¹

Pelo entendimento adotado no acórdão, é reconhecido que a energia elétrica é essencial e que, por isso, a alíquota poderia ser maior para controlar seu consumo para um maior número de pessoas. Ora, carece de sentido a afirmação de que, justamente por ser essencial, a tributação da mercadoria poderia ser maior. Esta interpretação é exatamente o contrário do que reza o princípio da essencialidade. Ainda, mostra-se problemática a afirmação de que, havendo maior tributação, a energia elétrica alcançaria um maior número de pessoas

51 PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Órgão Especial. Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade n. 174723-7/2001. Rel. Des. Luiz Mateus de Lima. Unânime. J. 17.11.2006. Curitiba. Diário de Justiça n. 7.254, 01.12.2006.

quando, na prática, a maior tributação em verdade afasta os consumidores da mercadoria, ou, no mínimo, desestimula seu consumo.

Por outro lado, o argumento utilizado no IDI destoa das definições até então utilizadas para determinar como se dá a aplicação do critério da essencialidade. Do ponto de vista doutrinário, convém retomar as definições utilizadas acima por Aliomar Baleeiro e Ricardo Lobo Torres⁵², que contrastam frontalmente a forma como a essencialidade foi utilizada. Para os dois autores, quanto maior a essencialidade, menor a alíquota do tributo, e não o contrário. Assim, ainda que se possa entender o argumento do controle de consumo do bem, conforme os critérios políticos, também não se pode afirmar que a medida atende ao escopo da regra da essencialidade.

Ainda, o argumento utilizado no Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade encontra-se em desacordo com o decidido pelo STF no já citado RE-AgR 702.285⁵³, em que a Suprema Corte analisou o caso do Rio de Janeiro, que já enfrentou a questão da essencialidade na decisão tomada pelo Tribunal de Justiça, na Arguição de Inconstitucionalidade n. 27/2005, e que contém uma fundamentação mais bem alinhada à Constituição Federal, conforme se nota:

“Todavia, em relação ao Decreto 27.427/2000, ao fixar alíquota de 25% sobre os serviços de energia elétrica e telecomunicações, verifica-se que não foram observados os princípios da seletividade e da essencialidade, dispostos no artigo 155, § 2º, III da CRFB, mormente quando estipula alíquotas menores a produtos supérfluos, como bebidas alcoólicas.

É certo que a seletividade do ICMS é facultativa, mas não pode ser muito ampla, devendo, por imposição constitucional, atender aos critérios da gradação determinada.

Assim, deve ser maior a alíquota relativa às mercadorias supérfluas e suntuosas, entre as quais não se enquadram os serviços de energia elétrica e de telecomunicações, que, a *contrario sensu*, são considerados de essencial importância à sociedade.

Por conseguinte, ante o evidente desrespeito a gradação prevista no artigo 155, § 2º, III da CRFB, conclui-se irremediavelmente eivado de inconstitucionalidade o Artigo 14, VI, item 2, e VIII, item 7 do Decreto nº 27.427 do ano de 2000 do Estado do Rio de Janeiro.”⁵⁴

52 Cf. citações das notas de rodapé 18 e 19, respectivamente.

53 Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 702.285/Rio de Janeiro. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. J. 12.08.2014. Diário de Justiça Eletrônico 21.08.2014.

54 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Órgão Especial. Arguição de Inconstitucionalidade n. 0021368-90.2005.8.19.0000 (antigo n. 2005.017.00027). Rel. Des. Roberto Wider. J. 27.03.2006.

Portanto, é possível notar que o IDI do TJPR, além de ter uma argumentação problemática, não faz o melhor uso das definições de seletividade e essencialidade do ICMS incidente sobre a energia elétrica, não apenas do ponto de vista da doutrina, como da jurisprudência. Sendo este o caso, parece haver motivos suficientes para que ocorra um *overruling* desse precedente, conforme definições expostas acima.

Por fim, é importante ressaltar que o STF analisará os critérios da seletividade e essencialidade do ICMS sobre a energia elétrica no RE n. 714.139, dessa vez sob o rito da repercussão geral, ou seja, seu resultado poderá levar necessariamente ao *overruling* do IDI ora analisado, conforme decisão em que se aceitou a afetação do tema:

“Possui repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade de norma estadual mediante a qual foi prevista a alíquota de 25% alusiva ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços incidente no fornecimento de energia elétrica e nos serviços de telecomunicação, em patamar superior ao estabelecido para as operações em geral – 17%.”⁵⁵

Dentro desse contexto, a Procuradoria Geral da República emitiu um parecer ao contribuinte no qual reconhece a inconstitucionalidade da alíquota do ICMS em função da essencialidade, nos seguintes termos:

“O reconhecimento da obrigatoriedade de aplicação da seletividade por critério de comparação é desdobramento do princípio da igualdade tributária (CF, art. 150, II), na perspectiva dos impostos reais e indiretos. O seu paralelo, no contexto dos impostos pessoais, é a progressividade, que, na dicção do art. 145, § 1º, da Carta Constitucional, será adotada sempre que possível nos impostos, de modo a compatibilizá-los com a capacidade econômica do contribuinte.

De mais a mais, ainda que fosse o caso de considerar-se facultativa a aplicação da seletividade ao ICMS, uma vez feita a opção do legislador estadual pelo princípio da seletividade, passará, por lógica, a ser obrigatória a utilização do critério de comparação em virtude da essencialidade dos bens e serviços. Os mais essenciais deverão ser submetidos a alíquotas menores do que as destinadas aos supérfluos. As alíquotas devem ser inversamente proporcionais à essencialidade, para impedir que sua definição seja permeada de subjetivismo.

[...]

Observa-se, de plano, a desproporcionalidade entre a alíquota geral e a aplicada à energia elétrica e aos serviços de comunicação. Esse contraste é ainda mais nítido quando se tem em mente que a mesma alíquota incidente sobre produtos

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 714.139. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 12.06.2014. Diário de Justiça Eletrônico n. 188. 26.09.2014.

supérfluos é destinada à energia e às telecomunicações, essenciais ao exercício da dignidade humana.”⁵⁶

Assim, nota-se que o parecer da PGR não destoa da fundamentação exposta neste texto, o que revela, mais uma vez, as incongruências do IDI n. 174723-7/2001, e o porquê de sua superação.

Portanto, pode-se esperar que o STF apresente a indicação dos critérios necessários para exercer um controle sobre a aplicação da essencialidade na tributação do ICMS, sobretudo na incidência sobre a energia elétrica, a fim de solucionar a divergência de entendimentos acerca desta regra, vide precedentes do TJRJ em comparação ao do TJPR. Deste modo, presta-se o presente estudo ao menos como um guia acerca dos fundamentos que o STF deve suscitar, elaborado a partir de um caso concreto, e, no que tange às críticas ao precedente do Paraná, sobre como não se deve argumentar.

3. CONCLUSÕES

Do que foi exposto no presente trabalho, foi possível constatar que, dentro de uma teoria normativa da Constituição, o legislador se encontra em uma posição na qual não detém discricionariedade plena; muito pelo contrário, encontra-se vinculado a uma série de normas que condicionam seu agir, devendo sua atividade estar adstrita às normas postas na Constituição, sob pena de declaração de inconstitucionalidade, ainda que essa vinculação possa variar em intensidade a depender da estrutura normativa, da classificação em regras ou princípios, ou em razão do uso de conceitos jurídicos com graus maiores ou menores de ambiguidade.

Nesse contexto, ao analisar as normas fundamentais que regem a tributação do ICMS, quais sejam, seletividade e essencialidade, verifica-se que a primeira configura uma opção do legislador infraconstitucional, mas que, caso adotada, deverá ser implementada por meio do critério da essencialidade. Assim, utilizando o referencial normativo dworkiniano para analisar a estrutura normativa da essencialidade, chega-se à conclusão de que se trata de uma regra, e que é possível identificar, mesmo que sobre um certo espaço de abertura semântica, formas determinadas de aplicação para ser concretizada, havendo meios de controle e verificação da aplicação desta regra constitucional.

Relativamente ao caso concreto do Estado do Paraná, em que o ICMS incidente sobre a energia elétrica tem a mesma alíquota de outros bens que não possuem o mesmo grau de essencialidade, encontra-se uma barreira para discussão acerca da constitucionalidade das

56 BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. Parecer n. 1106/2015 – ASJCIV/SAJ/PGR. De 26.02.2015. Juntado aos autos em 03.03.2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=306309502&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2019.

alíquotas: a existência de um precedente vinculante, proferido em sede de Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade.

No entanto, ao se analisar a fundo a argumentação utilizada como fundamento para o precedente, é possível notar alguns problemas, como o uso de petições de princípio para justificar a constitucionalidade das alíquotas do ICMS, a declaração da impossibilidade de exercer um controle de constitucionalidade sobre tais alíquotas, e, no cerne da questão, adotar a essencialidade da energia elétrica como fundamento para a alíquota elevada. A argumentação é no mínimo ilógica, o que justifica sua correção.

Deste modo, partindo-se de uma teoria de precedentes, seria necessário (e há fundamento para tanto) que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná superasse o entendimento consolidado em seu precedente, ou, diante da existência de uma ação no Supremo Tribunal Federal que julgará a matéria em sede de controle difuso, mas com efeitos vinculantes *erga omnes*, que a Suprema Corte analise e fixe de forma definitiva os critérios para concretização da regra da essencialidade, resultando, conseqüentemente, na superação do precedente do Estado do Paraná.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2001. v. 1.

BAINY, Alexandre Feliciano. *A seletividade em função da essencialidade no Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)*. 2012. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília/DF: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto n. 4.873, de 11 de novembro de 2003. Institui o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica – “Luz para Todos” e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 12.11.2003.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, 17.01.1973.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, 26.03.2015.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. *Parecer n. 1106/2015 – ASJCIV/SAJ/PGR*. De 26.02.2015. Juntado aos autos em 03.03.2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=306309502&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 702.285/Rio de Janeiro. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. J. 12.08.2014. *Diário de Justiça Eletrônico* 21.08.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 714.139. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 12.06.2014. *Diário de Justiça Eletrônico* n. 188, 26.09.2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria geral do direito (o constructivismo lógico-semântico)*. 2009. 623 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. *Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos domicílios brasileiros– TIC Domicílios 2016*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2017. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_DOM_2016_LivroEletronico.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2018.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; e JAY, John. *Os artigos federalistas, 1787-1788*. Edição integral. Trad. de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules, princípios e regras constitucionais*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

PARANÁ. Lei n. 11.580, de 14 de novembro de 1996. Dispõe sobre o ICMS com base no art. 155, inc. II, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal e na Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996 e adota outras providências. *Diário Oficial do Estado* n. 4.885, 14.11.1996.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Órgão Especial. Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade n. 174723-7/2001. Rel. Des. Luiz Mateus de Lima. Unânime. J. 17.11.2006. Curitiba. *Diário de Justiça* n. 7.254, 01.12.2006. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1532456/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-174723-7/01#>>. Acesso em: 29 out. 2019.

PERELMAN, Chaïm; e OLDBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 3. ed. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

PESQUISA ENERGÉTICA – *Anuário de energia elétrica*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/sites-en/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-160/topico-168/Anu%C3%A1rio%20Estat%C3%ADstico%20de%20Energia%20El%C3%A9trica%202016.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; e RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Julgamento de casos repetitivos*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 10.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Órgão Especial. Arguição de Inconstitucionalidade n. 0021368-90.2005.8.19.0000 (antigo n. 2005.017.00027). Rel. Des. Roberto Wider. J. 27.03.2006.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1990.

SIQUEIRA, Marília. Noções fundamentais para o julgamento por aplicação do precedente judicial: necessidade de adaptação a partir do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Novo CPC, doutrina selecionada*, v. 2: Procedimento Comum. Salvador: JusPodivm, 2016.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo* ano 36, n. 199, setembro de 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. O IPI e o princípio da seletividade (parecer). *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 18. São Paulo: Dialética, março de 1997.

WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice. *Boston College Law Review* v. 54, 2013.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.