



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SEXTA CÂMARA CÍVEL**

Apelação Cível nº **0285308-90.2015.8.19.0001**

Apelante: **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Apelado: **BARKI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA**

RELATORA: DESEMBARGADORA TERESA DE ANDRADE

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE PELA LEI ESTADUAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE. 1. A análise da legislação estadual que fixou a alíquota do ICMS para a circulação de energia elétrica e serviços de telecomunicações deve ser feita à luz da Constituição da República que determina a aplicação do princípio da seletividade, nos moldes do art. 155, § 2º, inciso III da CRFB. **2.** O Órgão Especial, por ocasião do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 27/2005, em acórdão unânime, declarou a inconstitucionalidade do art. 14, inciso VI, item 2, e inciso VIII, item 7, no Decreto no 27.427/2000, ao fixar alíquota do ICMS elevada sobre os serviços de energia elétrica e telecomunicações, por inobservância dos princípios da seletividade e da essencialidade, previstas no art. 155, § 2º, inciso III, da CRFB. **3.** Ressalte-se que o Poder Judiciário, ao analisar a alíquota de ICMS a ser aplicada, não está atuando como legislador positivo, tampouco há violação à separação e harmonia entre os poderes. **4.** Portanto, em relação à prestação de serviços de telecomunicações e de fornecimento de energia elétrica, impõe-se a aplicação da alíquota genérica de 18% (dezoito por cento), assim prevista no artigo 14, inciso I do Regulamento do ICMS – RICMS - Decreto no 27.427/2000. **6. NEGATIVA DE PROVIMENTO AO RECURSO.**





ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº **0285308-90.2015.8.19.0001** em que é Apelante **ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e Apelado **BARKI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.**

ACORDAM os Desembargadores que integram a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer e **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, nos termos do voto da relatora.

RELATÓRIO

Trata-se Apelação interposta pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nos autos da ação que lhe move BARKI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, contra sentença (indexador 000177) que julgou procedente os pedidos iniciais, determinando a aplicação da alíquota genérica de 18% prevista na Lei e no RICMS em relação ao fornecimento de energia elétrica, acrescida do adicional referente ao Fundo de Combate à Pobreza. Condenou, ainda, o Estado a devolver todos os valores indevidamente cobrados no quinquênio imediatamente anterior à propositura da demanda e aqueles vencidos até a data do efetivo pagamento. Por fim, condenou o Réu ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios sobre o valor a ser ressarcido, cujo percentual será apurado quando da liquidação.

Inconformado, o Réu apresentou Apelação (indexador 000183) alegando, em síntese, que o dispositivo de lei que fixa a alíquota em 25% está em consonância a legislação dos demais Estados. Assevera que o princípio constitucional da seletividade possui caráter facultativo, nos termos da redação do art. 155, II, § 2º, III. Expõe que a essencialidade deve ser vista pela vertente não apenas do produto, mas da quantidade de consumo, sendo certo que aqueles mais abastados consomem mais. Nesse sentido, defende que o rebaixamento da alíquota beneficiaria somente os mais abastados, uma vez que as faixas inferiores de consumo de eletricidade (até 50 kwh/mês) são





ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

totalmente isentas e as faixas médias de consumo de eletricidade (de 50 kwh/mês a 300 kwh/mês) são tributadas pela mesma alíquota de 18% postulada na inicial. Alega que a carga tributária incide com maior peso (alíquota de 25%) sobre o consumo excedente de energia elétrica, isto é, sobre o consumo que sobeja as necessidades básicas essenciais, atendendo ao princípio da capacidade contributiva. Defende que a fixação da alíquota nos critérios anteriormente explanados consiste em opção legislativa e que, o afastamento dessa interpretação pelo Poder Judiciário não se coaduna com os princípios da harmonia e independência entre os poderes. Informa, por fim, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema discutido nestes autos. Requer, ao final, seja denegada a ordem pleiteada.

Contrarrazões da parte Apelada às fls. 181/189 (indexador 000201).

Manifestação do Ministério Público (indexador 000306) pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo desprovimento.

É o relatório. Decido.

VOTO

Primeiramente, cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, de fato, a repercussão geral da matéria discutida nos presentes autos. Contudo, foi indeferido o pedido formulado de suspensão dos demais processos que versem sobre a questão.

Pois bem, a análise da legislação estadual que fixou a alíquota do ICMS para a circulação de energia elétrica e serviços de telecomunicações deve ser feita à luz da Constituição da República que determina a aplicação do princípio da seletividade, nos moldes do art. 155, § 2o, inciso III da CRFB:



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

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; *(destaque acrescido)*

Frise-se que seletividade é o princípio constitucional através do qual a intensidade da tributação será inversamente proporcional à essencialidade dos bens tributados. Ou seja, quanto mais essencial, menor deverá ser o tributo.

Leciona o Professor Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.¹ que “mercadorias mais essenciais para a comunidade (p.e., alimentos), devem ser gravadas mediante alíquota mais suave, e mercadorias menos essenciais para a comunidade (p.e., armas de fogo), devem ser tributadas mediante alíquota mais onerosa”.

Ou seja, a Constituição da República, visando desonerar o contribuinte de fato, dá ao legislador estadual a faculdade de adotar a seletividade.

Entretanto, uma vez adotada, ele deve levar em conta a essencialidade das mercadorias e serviços para estabelecer a alíquota, sob pena de fixar percentuais inconstitucionais. Não se pode, portanto, levar em conta, para aplicação do conceito de essencialidade a quantidade de consumo.

A questão já é conhecida desta e. Corte, uma vez que o Órgão Especial, por ocasião do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 27/2005, em acórdão unânime, declarou a inconstitucionalidade do art. 14, inciso VI, item 2, e inciso VIII, item 7, no Decreto no 27.427/2000, ao fixar alíquota do ICMS elevada sobre os serviços de energia elétrica e telecomunicações, por inobservância dos princípios da seletividade e da essencialidade, previstas no art. 155, § 2º, inciso III, da CRFB, *in verbis*:



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

Arguição de Inconstitucionalidade. Artigo 2, inciso I do Decreto no 32.646 do ano de 2003 do Estado do Rio de Janeiro, que regulamenta a Lei Estadual no 4.056/2002 que instituiu o Fundo Estadual de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais. Superveniência da Emenda Constitucional n. 42, de 19/12/2003, que validou, em seu Artigo 4o, os adicionais criados pelos Estados em função da EC n. 31/2000, mesmo aqueles em desconformidade com a própria Constituição. Impossibilidade de se reconhecer a inconstitucionalidade do Decreto no 32.646 de 2003. Precedente do STF. **Artigo 14, VI, item 2, e VIII, item 7 do Decreto no 27.427 do ano de 2000 do Estado do Rio de Janeiro, que fixa a alíquota do ICMS incidente sobre os serviços de energia elétrica e telecomunicações. Desatenção aos princípios constitucionais da seletividade e essencialidade, dispostos no Artigo 155, § 2o da CRFB. Inconstitucionalidade reconhecida.** Arguição parcialmente procedente. (TJ/RJ. Órgão Especial. Arguição de Inconstitucionalidade 2008.017.00027. Rel. Des. Roberto Wider. Julg: 27/03/2006) (destaque acrescido)

Conforme o disposto no art. 103 do regimento interno deste Tribunal: “A decisão que declarar a inconstitucionalidade ou rejeitar a arguição, se for proferida por dezessete ou mais votos, ou reiterada em mais duas sessões, será de aplicação obrigatória a todos os Órgãos do Tribunal.”

Nesse mesmo sentido, é o disposto no art. 927 do Código de Processo Civil, que prevê a força vinculativa dos precedentes. Vejamos:

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

(...)

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.” (destaque acrescido)

Destaco os seguintes julgados que refletem o exposto acima, *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - ICMS Energia elétrica e telefonia. – Alíquota superior a 18%. - Impossibilidade. - Ilegitimidades ativa e passiva afastadas. - Competência absoluta e originária do Tribunal de Justiça, não se podendo falar em violação ao princípio do juiz natural (art. 161, da CERJ). – Rejeição das preliminares. Mercadoria de primeira necessidade. - Alíquota menos onerosa. - **Violação ao**



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

princípio da seletividade em função da essencialidade do produto (art.155, 2º, III, da CF). – Declaração de inconstitucionalidade do artigo 14, VI, item 2, e VIII, item 7 do Decreto no 27.427/2000, pelo Órgão Especial desta Corte. - Aplicação de alíquota genérica. - Ausência de honorários. - Súmulas 512 e 105 do STF e STJ. - CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. (TJ/RJ. 4a Câmara Cível. Mandado de Segurança no 2008.004.01546. Rel. Des. Sidney Hartung. Julg: 19/05/2009) (destaque acrescido)

0047302-30.2017.8.19.0000 - MANDADO DE SEGURANÇA
Des(a). ALCIDES DA FONSECA NETO - Julgamento:
22/11/2017 - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL

MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS SOBRE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES. LEGITIMIDADE PASSIVA. ALÍQUOTA EXORBITANTE. CONSTITUCIONALIDADE DO PERCENTUAL DESTINADO AO FUNDO DE COMBATE À POBREZA E ÀS DESIGUALDADES SOCIAIS. CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA. Processamento e julgamento de mandado de segurança contra ato do Secretário de Estado. Competência das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça. Artigo 6º, I, b, do Regimento Interno do TJRJ. Legitimidade passiva do Secretário Estadual de Fazenda, uma vez que a autoridade coatora é aquela que detém o poder de decisão e, in casu, o impetrado é a autoridade competente para decidir acerca da aplicação de alíquotas previstas em norma regulamentadora declarada inconstitucional pelo Egrégio Órgão Especial deste Tribunal de Justiça. Ato de execução de política fiscal, com conteúdo decisório, e não mero ato concreto de cobrança. Rejeição da preliminar. **No mérito, a inconstitucionalidade da norma que fixou a alíquota do ICMS incidente sobre os serviços de energia elétrica e telecomunicações foi declarada pelo Egrégio Órgão Especial deste Tribunal de Justiça no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 2005.017.0027, dada a evidente inobservância dos princípios da essencialidade e da seletividade.** No entanto, o percentual descontado ao FECF (Fundo Estadual de Combate à Pobreza e as Desigualdades Sociais) é constitucional, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 2869/RJ. Por sua vez, o acolhimento do pleito de restituição dos valores indevidamente recolhidos resta obstado pela súmula 271 do colendo Supremo Tribunal Federal, que dispõe que a concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

reclamados administrativamente ou pela via judicial própria. Concessão parcial da segurança para determinar a aplicação da alíquota de 23% sobre a base de cálculo do ICMS relativo ao fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicação (18% referente à alíquota genérica prevista na Lei e no RICMS, acrescida do adicional de 5% relativo ao Fundo de Combate à pobreza, enquanto este perdurar). Sucumbência recíproca. Sem honorários, por força do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009. Julgamento do agravo interno, que restou prejudicado pelo exame do mérito do *mandamus* neste aresto. **CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA.** (destaque acrescido)

Ressalte-se que o Poder Judiciário, ao analisar a alíquota de ICMS a ser aplicada, não está atuando como legislador positivo, tampouco há violação à separação e harmonia entre os poderes. Em verdade, o princípio constitucional da separação de poderes não é um fim em si mesmo. Ao contrário, é ele um instrumento de efetivação do Estado Democrático de Direito, no qual se pressupõe a possibilidade de controle.

De fato, essa harmonia é garantida pelo sistema de freios e contrapesos - *checks and balances*, na doutrina norte americana -, que tem como objetivo evitar a sobreposição de um poder em outro, por meio de mecanismos expressamente previstos no Texto Constitucional. Nesse sentido, o controle pelo Poder Judiciário é exercido de forma ampla com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV da Carta Magna.

Assim, constitui dever-poder do Judiciário garantir a obediência aos critérios determinados pelo legislador constitucional e infraconstitucional, especificamente, *in casu*, no que se refere à observância aos limites do poder de tributar.

Portanto, em relação à prestação de serviços de telecomunicações e de fornecimento de energia elétrica, impõe-se a aplicação da alíquota genérica de 18% (dezoito por cento), assim prevista no artigo 14, inciso I do Regulamento do ICMS – RICMS - Decreto no 27.427/2000.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

Destaco, por outro lado, que o percentual referente ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza e as Desigualdades Sociais foi reconhecido como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI nº 2869/RJ, razão pela qual deve ser mantida sua cobrança. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. ADICIONAL. LEI ESTADUAL N. 4.056/02. FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA. CONTROVÉRSIA APÓS A EC 42/03. **O Supremo Tribunal Federal, na decisão proferida na ADI n. 2.869, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 13.5.04, fixou que "o art. 4º da Emenda Constitucional nº 42/2003 validou os adicionais criados pelos Estados e pelo Distrito Federal, ainda que estes estivessem em desacordo com o previsto na Emenda Constitucional nº 31/2000. Sendo assim, se pairavam dúvidas acerca da constitucionalidade dos diplomas normativos ora adversados, estas foram expressamente enxotadas pelo mencionado art. 4º".** Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - RE: 570016 RJ, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 19/08/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-05 PP-01026 RT v. 97, n. 878, 2008, p. 132-134) (destaque acrescido)

Ante o exposto, voto no sentido **de conhecer e NEGAR PROVIMENTO ao recurso**, mantendo a sentença prolatada pelos seus próprios termos.

Rio de Janeiro, de de 2018.

TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES
DESEMBARGADORA RELATORA